

Les Cahiers de droit

La propriété spatio-temporelle

Sylvio Normand



Volume 28, numéro 2, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042812ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042812ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Normand, S. (1987). La propriété spatio-temporelle. *Les Cahiers de droit*, 28(2), 261–340. <https://doi.org/10.7202/042812ar>

Résumé de l'article

Ownership is one of the fundamental notions in the Civil Code and yet far too often writings on the subject have presented a narrow view of it. Obviously, it has a well determined genetic code since its general attributes are *usus*, *fructus*, *abusus* and *vis attractiva*, while its specific features include exclusivity, perpetuity and absolutism ; still it remains a pliable concept. For on the one hand, though core prerogatives remain with the holder of the right, the attributes and features of ownership may not be so well affirmed, which immediately infers the existence of modalities of the right. Yet on the other, the core may be broken down since the object to such ownership then becomes a source of real rights, thus there is dismemberment. The flexibility of ownership resides in the numerous modifications it can undergo and which all potentially exist in ownership. Before attempting to study various hypotheses leading to the recognition of spatio-temporal ownership, it is indispensable to adopt a wide view of this notion since any other approach cannot produce satisfactory results.

Among hypotheses under consideration, introducing a new modality seems the best solution. It does, however, have its drawbacks as the notion of spatio-temporal ownership runs against the grain of qualities inherent in the right of ownership. First of all, the holder of this right only exercises a limited *abusus* and in this respect he is not alone, for precedents exist with the holders of other means of ownership (substituted property, inalienable property, trust property). Furthermore, there would be an obstruction to the perpetual nature of such ownership. This proposal is, however, to be rejected since the spatio-temporal ownership is perpetual, although discontinuous. Once the initial obstacles are overcome, the introduction of an additional modality of ownership essentially requires the recognition of a fourth dimension in the object of ownership, namely its temporality. An abstract notion if ever there was one, temporality raises the question of the need for conceiving an owned piece of property as being a concrete and materialized thing. Nonetheless, ownership may be dematerialized for in fact, real estate property can be represented as a cube of space and not just a flat plane. The only obstacle to this new modality in ownership would be the impossibility of conceiving innominate changes to the right of ownership. In all the code, case law and authoritative writings presently recognize the capacity of the human mind to conceive additional modifications to rights of ownership. Spatio-temporal ownership depends upon the recognition of the temporal dimension of the object of such right and thereby constitutes a modality of ownership whose peculiarities derive from the individual form of its object.

Although recognition of modality in ownership seems to be the only way for arriving at spatio-temporal ownership, we may consider various solutions based upon an arrangement of existing institutions in the law relating to ownership —which would allow the constitution of a spatio-temporal right of ownership. Despite its popularity, usufruct does not seem to us to be a satisfactory answer. Joint ownership is more attractive despite the ever-present expectation of a petition to partition. A covenant between undivided coproprietors would provide, in our opinion however, a delay in such partition and this covenant would be enforceable on both parties and beneficiaries. If doubts persist as to the legality of such a covenant, the revision announced in the proposed Civil Code of Quebec will calm such fears. Besides allowing the postponement of partition for a maximum period of thirty years, this revision will make possible the assignment of a piece of property to a durable end and *ipso facto* a waiver of partition. One must remain aware of the fact that despite the technique used to avoid partition, the right ownership is plural. It is only by the identification of an additional modality of ownership that there may be true spatio-temporal ownership.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1987

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

La propriété spatio-temporelle

Sylvio NORMAND *

[...] le droit de propriété est un des plus souples et des plus nuancés qui figurent dans les différentes catégories juridiques ; sa plasticité est infinie,

L. JOSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., tome 1, Paris, Sirey, 1932, p. 786.

Ownership is one of the fundamental notions in the Civil Code and yet far too often writings on the subject have presented a narrow view of it. Obviously, it has a well determined genetic code since its general attributes are usus, fructus, abusus and vis attractiva, while its specific features include exclusivity, perpetuity and absolutism ; still it remains a pliable concept. For on the one hand, though core prerogatives remain with the holder of the right, the attributes and features of ownership may not be so well affirmed, which immediately infers the existence of modalities of the right. Yet on the other, the core may be broken down since the object to such ownership then becomes a source of real rights, thus there is dismemberment. The flexibility of ownership resides in the numerous modifications it can undergo and which all potentially exist in ownership. Before attempting to study various hypotheses leading to the recognition of spatio-temporal ownership, it is indispensable to adopt a wide view of this notion since any other approach cannot produce satisfactory results.

Among hypotheses under consideration, introducing a new modality seems the best solution. It does, however, have its drawbacks as the notion of spatio-temporal ownership runs against the grain of qualities inherent in the right of ownership. First of all, the holder of this right only exercises a limited abusus and in this respect he is not alone, for precedents exist with the holders of other means of ownership (substituted property, inalienable property, trust property). Furthermore, there would be an obstruction to the perpetual

* Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur exprime sa gratitude au professeur François Frenette qui l'a secondé dans la préparation de ce texte.

nature of such ownership. This proposal is, however, to be rejected since the spatio-temporal ownership is perpetual, although discontinuous. Once the initial obstacles are overcome, the introduction of an additional modality of ownership essentially requires the recognition of a fourth dimension in the object of ownership, namely its temporality. An abstract notion if ever there was one, temporality raises the question of the need for conceiving an owned piece of property as being a concrete and materialized thing. Nonetheless, ownership may be dematerialized for in fact, real estate property can be represented as a cube of space and not just a flat plane. The only obstacle to this new modality in ownership would be the impossibility of conceiving innominate changes to the right of ownership. In all the code, case law and authoritative writings presently recognize the capacity of the human mind to conceive additional modifications to rights of ownership. Spatio-temporal ownership depends upon the recognition of the temporal dimension of the object of such right and thereby constitutes a modality of ownership whose peculiarities derive from the individual form of its object.

Although recognition of modality in ownership seems to be the only way for arriving at spatio-temporal ownership, we may consider various solutions based upon an arrangement of existing institutions in the law relating to ownership — which would allow the constitution of a spatio-temporal right of ownership. Despite its popularity, usufruct does not seem to us to be a satisfactory answer. Joint ownership is more attractive despite the ever-present expectation of a petition to partition. A covenant between undivided coproprietors would provide, in our opinion however, a delay in such partition and this covenant would be enforceable on both parties and beneficiaries. If doubts persist as to the legality of such a covenant, the revision announced in the proposed Civil Code of Quebec will calm such fears. Besides allowing the postponement of partition for a maximum period of thirty years, this revision will make possible the assignment of a piece of property to a durable end and ipso facto a waiver of partition. One must remain aware of the fact that despite the technique used to avoid partition, the right ownership is plural. It is only by the identification of an additional modality of ownership that there may be true spatio-temporal ownership.

	Pages
Introduction.....	264
1. Les obstacles à la reconnaissance de la propriété spatio-temporelle.....	266

	<i>Pages</i>
1.1. L'abus.....	267
1.1.1. Un attribut inhérent au droit de propriété.....	267
1.1.2. La possible hypothèse d'un abus limité.....	269
1.2. La perpétuité.....	276
1.2.1. Un caractère inhérent au droit de propriété.....	276
1.2.1.1. Le droit de propriété dure aussi longtemps que la chose sur laquelle il porte.....	276
1.2.1.2. Le droit de propriété est le droit général aux services perpétuels de la chose.....	278
1.2.2. La problématique hypothèse d'une propriété temporaire.....	280
1.2.2.1. La propriété <i>ad tempus</i>	281
1.2.2.2. Le droit temporaire aux services perpétuels de la chose.....	285
2. Les solutions envisagées pour une reconnaissance de la propriété spatio-temporelle	289
2.1. Le partage de l'usage de la propriété.....	290
2.1.1. L'usufruit.....	290
2.1.1.1. Sa nature juridique.....	290
2.1.1.2. Son incapacité à permettre l'édification d'une propriété spatio-temporelle.....	291
2.1.2. L'indivision.....	294
2.1.2.1. Sa nature juridique.....	294
2.1.2.2. Sa précarité.....	297
2.1.2.3. Les moyens d'éviter le partage.....	300
2.1.2.3.1. Le partage subordonné à la finalité recherchée.....	300
2.1.2.3.2. La renonciation temporaire au partage.....	305
a) Le droit français.....	305
b) Le droit québécois.....	308
— <i>De lege lata</i>	308
— <i>De lege ferenda</i>	311
2.2. Une nouvelle modalité de la propriété.....	314
2.2.1. Une dimension supplémentaire de l'objet du droit de propriété.....	314
2.2.1.1. Les dimensions de l'objet du droit de propriété.....	314
2.2.1.1.1. L'éclatement de l'objet du droit de propriété.....	314
2.2.1.1.2. L'objet du droit de propriété est tridimensionnel.....	317
2.2.1.1.3. L'objet du droit de propriété peut être dématérialisé.....	319
2.2.1.2. Une dimension temporelle à l'objet du droit de propriété.....	321
2.2.2. La propriété spatio-temporelle, une modification de la propriété.....	322
2.2.2.1. Les modifications de la propriété.....	322
2.2.2.2. De l'insatisfaction des modifications connues de la propriété.....	327
2.2.2.3. La possible identification d'une autre modification de la propriété.....	328
2.2.3. Une nouvelle modalité de la propriété fondée sur la temporalité.....	334
2.2.3.1. De la modalité et de ses particularités.....	335
2.2.3.2. De la protection des tiers.....	337
Conclusion	340

Introduction

La mise sur pied de complexes de vacances dont les unités sont partagées, à tour de rôle, par plusieurs personnes est la première manifestation contemporaine de ce que l'on a appelé la propriété spatio-temporelle. Apparu d'abord en Europe, dans les Alpes françaises, au cours des années 60, ce type de propriété a rapidement gagné les États-Unis. Depuis quelques années, il a acquis une certaine popularité au Canada et au Québec¹.

L'appellation « propriété spatio-temporelle »² ne pose pas de problèmes particuliers de compréhension. Elle est au contraire fort évocatrice de son contenu. Le titulaire est détenteur d'un droit de propriété individualisé dans l'espace et dans le temps. L'appellation, que nous avons retenue, fut choisie parmi un certain nombre de néologismes apparus ces récentes années pour désigner cette nouvelle réalité du monde juridique. Le mot le plus usité semble cependant demeurer « multipropriété »³. On retrouve aussi « pluripropriété »⁴ et maintes périphrases, comme : propriété à temps partiel⁵ et jouissance d'immeubles à temps partagé⁶.

Malgré l'intérêt suscité en France et aux États-Unis par la propriété spatio-temporelle, au Québec, jusqu'ici, le sujet a attiré l'attention de bien peu de chercheurs⁷. Alors que certains praticiens souhaitent une législation sur le sujet, le législateur se montre plus prudent. Des propos tenus par le ministre de la Justice, lors de l'étude détaillée du projet de loi 20 en commission parlementaire, il ressort clairement que les obstacles juridiques à une telle propriété n'ont pas donné lieu à une étude approfondie et partant qu'il est trop tôt pour envisager des solutions définitives :

Je sais que certains voudraient une législation précise sur cette question, mais encore faudrait-il savoir précisément quels sont nos besoins et où surgissent les

-
1. D.A. ALTRO, « Resort Time-Sharing: Why real estate's new brain-child needs its own legislation », (1981) 41 *R. du B.* 1054, 1055 à 1058.
 2. Utilisé notamment par : J. BENNE, « La propriété spatio-temporelle », dans : 73^e *Congrès des notaires de France. Pratique et évolution de la copropriété*. Strasbourg, mai 1976, p. 670 et N. DOYON, « La propriété spatio-temporelle », *J.C.P.* 1974, 2599.
 3. G. CORNU, *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Paris Éditions Montchrestien, 1980, p. 466 et A. WEILL, F. TERRE et P. SIMLER, *Droit civil. Les biens*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1985, p. 473.
 4. P. BIASCA, « La propriété spatio-temporelle en quête d'un statut », *Gaz. Pal.* 1976.2.539, 540.
 5. L. DELBECQUE, « La "propriété" à temps partiel dans les résidences de vacances », (1973) 204 *J. not et av.* 1209.
 6. J.-R. BOUYEURE et J.-P. PELLETIER, « Réflexions sur la jouissance d'immeubles à temps partagé ("Propriété spatio-temporelle") », *Gaz. pal.* 1976, 2, 541.
 7. D.A. ALTRO, *supra*, note 1 et J.-P. ROUSSELLE, « La multipropriété », (1984-1985) 87 *R. du N.* 258.

difficultés. Sont-elles vraiment dans l'organisation du droit des biens ou faut-il ajouter à la copropriété divisée ou indivise, au droit d'usage ou d'usufruit, [...] [ou utiliser] une autre modalité ?⁸

La présente étude cherchera à répondre à la plupart de ces interrogations. Cependant, elle ne se limitera pas à envisager l'hypothèse de la propriété spatio-temporelle au secteur restreint des résidences secondaires. Sans doute, y avait-il là un marché taillé sur mesure. Cependant, rien ne s'oppose à ce que ce type de propriété s'étende aux biens mobiliers. Les entreprises nous apparaissent un terrain particulièrement propice au développement de la propriété spatio-temporelle mobilière⁹. Prenant partie pour cet accroissement du domaine de la propriété spatio-temporelle, nous nous sommes efforcé de construire un texte le plus neutre possible quant à la qualité mobilière ou immobilière des biens. Des problèmes particuliers étant toutefois susceptibles d'affecter la propriété immobilière, il est évident qu'une bonne partie de nos propos sera orientée vers cette propriété.

La plupart des études traitant du même sujet que le nôtre, ou de sujets apparentés, portent des titres trompeurs¹⁰. Alors qu'elles paraissent révéler une nouvelle facette de la propriété, elles proposent, à peu près invariablement, de parvenir à un fractionnement temporel de la propriété dans le contexte du droit des sociétés ou des corporations. Les droits transmis par une telle opération sont des droits personnels et non des droits réels. Notre recherche envisage la propriété par rapport au droit des biens et tente de découvrir si une telle propriété peut valablement exister en droit civil québécois. L'exposé est divisé en deux parties.

La première partie expose les obstacles à la reconnaissance d'une propriété spatio-temporelle. De ce qu'une propriété comme celle-ci existe, il s'en suit que des attributs, jugés essentiels à la propriété, se trouvent, sinon annihilés, à tout le moins atrophiés. Nous démontrerons qu'une propriété peut être limitée dans certaines de ses prérogatives et conserver sa qualification.

8. Assemblée nationale. *Journal des débats*. Commissions parlementaires. Commission permanente des institutions. *Étude détaillée du projet de loi 20 — Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens (1)*, 32^e Législature, 5^e session, fasc. 12 (jeudi 2 mai 1985), p. CI-401.

9. Le groupe de travail sur la copropriété, constitué par le ministère de la Justice aux fins de proposer des solutions appropriées aux problèmes rencontrés dans le secteur de la copropriété, mentionne justement la possible application de la « multipropriété » aux biens meubles (*Rapport du groupe de travail sur la copropriété*, Québec, ministère de la Justice, 29 novembre 1982, p. 176).

10. Voir les titres mentionnés *supra*, notes 2 à 6.

La deuxième partie présente les diverses hypothèses envisagées pour parvenir à une propriété spatio-temporelle. D'abord, sont présentées les solutions reposant sur le partage de l'usage de la propriété. Ensuite, nous exposons la solution, la seule, qui véritablement est susceptible de créer une propriété spatio-temporelle digne de ce nom : l'introduction d'une nouvelle modalité de la propriété.

1. Les obstacles à la reconnaissance de la propriété spatio-temporelle

Bien que le deuxième titre du deuxième livre du *Code civil* soit intitulé : *De la propriété*, c'est vainement que l'on cherchera, parmi les quelques dizaines d'articles qui le composent, une définition pleinement satisfaisante de ce qu'est la propriété. L'article 406 cependant énonce l'étendue des droits conférés par la propriété : « [l]a propriété — précise-t-il — est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ».

Partant du libellé de l'article 406, et s'appuyant notamment sur le droit romain et les travaux des jurisconsultes, la doctrine a identifié des *attributs* et des *caractères* propres au droit de propriété. Les *attributs* sont : l'*usus* (*jus utendi*), le *fructus* (*jus fruendi*) et l'*abusus* (*jus abutendi*), auxquels il faut ajouter la *vis attractiva*. Trois *caractères* sont, pour leur part, reconnus au droit de propriété : il est exclusif, perpétuel et absolu. Le droit de propriété, dans sa manifestation la plus parfaite, se doit de posséder les attributs et les caractères énumérés. Il s'agit là, en fait, du code génétique de la propriété à l'état normal. Il faut être conscient toutefois que si la présence des attributs est essentielle à l'identification de la propriété, il n'en va pas de même des caractères.

Nous sommes confrontés à une question de taille : la propriété spatio-temporelle confère-t-elle à son titulaire un droit de propriété ? Autrement dit, cette propriété possède-t-elle les attributs et les caractères reconnus au droit de propriété ou encore possède-t-elle un code génétique identique, ou à tout le moins apparenté, à la propriété ? Seule une analyse approfondie permettra de répondre à cette question. Cependant, d'ores et déjà, nous pouvons émettre l'hypothèse que le titulaire d'une telle propriété possédera un *abusus* limité dans son exercice et que sa propriété ne jouira pas d'un caractère perpétuel.

Cette première partie analyse d'abord la conformité de la propriété spatio-temporelle quant à un attribut de la propriété : l'*abusus*, pour ensuite s'intéresser au caractère perpétuel de la propriété.

1.1 L'*abusus*

L'*abusus* caractérise le droit de propriété¹¹. D'après la doctrine, la présence de cet attribut s'avère essentielle pour conduire à l'identification du droit de propriété. Reste à voir s'il peut subir des restrictions sans porter irrémédiablement atteinte au droit de propriété.

1.1.1. Un attribut inhérent au droit de propriété

Au début du siècle, dans un article remarquable resté célèbre, de Vareilles-Sommières¹² a renouvelé la perception de la notion de propriété. Délaissant la présentation classique véhiculée par les auteurs, ce juriste a proposé une définition éminemment pragmatique et synthétique de la propriété :

C'est le droit en vertu duquel une personne peut *en principe* tirer d'une chose tous ses services.

Ou encore : c'est le droit en vertu duquel une personne peut *en principe* faire d'une chose ce qu'elle veut.¹³

Directe et simple, cette définition n'en est pas moins complète et fonctionnelle. Le droit de propriété, le plus complet de tous les droits réels, permet à son titulaire l'exploitation maximale de la chose. En d'autres mots, le propriétaire peut prétendre à l'ensemble des services de la chose soit le *jus utendi*, le *jus fruendi* et le *jus abutendi*. Par ailleurs, le droit de propriété possède une faculté supplémentaire, cette capacité qu'a le propriétaire, et lui seul, de reconstituer le droit de propriété morcelé. Cette faculté, appelée *vis attractiva* découle du caractère général de la propriété, ainsi que de Vareilles-Sommières l'a fait remarquer :

11. C. BEUDANT, *Cour de droit civil français*, 2^e éd., tome 4, *Les biens* avec la collaboration de P. VOIRIN, Paris, Librairie Arthur Rousseau, 1938, p. 353, où l'auteur affirme : « Le droit de disposition, dans la mesure où il se confond avec le droit d'aliénation est un attribut essentiel et caractéristique de la propriété : [...] » ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, 2^e éd. tome 3, *Les biens* par M. PICARD, Paris, L.G.D.J., 1952, p. 255 et R. SAVATIER, *Cours de droit civil*, 2^e éd., tome 1, Paris, L.G.D.J., 1947, p. 332.

12. « La définition et la notion juridique de la propriété », (1905) 4 *Rev. trim. dr. civ.* 443. Cet article demeure l'un des meilleurs textes publiés sur la notion juridique de propriété. Cité par la plupart des auteurs de traités portant sur le droit des biens, il fut qualifié par le professeur C. ATIAS de « merveilleuse et définitive étude » (*Droit civil. Les biens*, Paris, Litec, 1980, p. 80).

Au Québec, de Vareilles-Sommières a influencé les travaux du professeur F. Frenette (*De l'emphytéose*, Montréal, Wilson et Lafleur — Sorej, 1983, xviii, 270p.) et, dans une moindre mesure, ceux de la professeure M. CANTIN CUMYN (*Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1980, 134p.).

13. *Id.*, p. 443.

De ce que le propriétaire, en principe, a droit à tous les services de la chose, il suit que, si les lois positives ou les droits d'autrui sur la même chose qui l'empêchent d'en tirer certains services viennent à disparaître, il profite de l'abrogation de ces lois, de l'extinction de ces droits et peut désormais tirer de la chose les services dont il a été temporairement privé.

En d'autres termes, de ce qu'il a droit en principe à tous les services de la chose, il suit qu'il a un arrière-droit à ceux de ces services auxquels actuellement et par exception, de par les lois positives ou de par ses conventions, il n'a pas droit.

Le titulaire de tout autre droit réel ne peut jamais prétendre qu'aux services spécifiés dans son titre. Il n'a pas à bénéficier de la vacance des services auxquels il n'a jamais été appelé, et ne profiterait en rien, par exemple, de l'extinction de la propriété elle-même.¹⁴

La propriété se distingue des autres droits réels en ce qu'elle rassemble en un faisceau, sous la puissance de son titulaire, l'ensemble des attributs qu'elle confère sur un bien. Toutefois, parmi les quatre prérogatives reconnues au droit de propriété, toutes ne sont pas essentielles à son identification. Seuls l'*abusus* et la *vis attractiva* apparaissent absolument nécessaires. Alors que le propriétaire pourra fractionner le faisceau des attributs en se départissant de l'*usus* et du *fructus* au profit de quelqu'un d'autre, il devra, au moins, conserver sous sa puissance une fraction des deux autres prérogatives. S'en départir équivaldrait à la renonciation au droit de propriété.

Le *jus abutendi* étant donc une faculté essentielle du droit de propriété, une description du contenu de cet attribut s'impose. Le *jus abutendi* comprend les services non inclus dans le *jus utendi* et le *jus fruendi*. Il s'agit plus précisément du droit de disposer de la chose, c'est-à-dire de porter atteinte à sa substance, soit par des actes matériels ou par des actes juridiques¹⁵.

Les actes matériels que peut poser le propriétaire sur la chose sont multiples. Il peut évidemment se contenter de se servir de la chose comme l'usager ou l'usufruitier, cela consisterait, par exemple, à habiter une maison ou à utiliser un bateau de plaisance. Mais surtout en tant que détenteur du *jus abutendi*, il peut modifier ou même transformer l'objet de son droit ; ainsi en

14. *Id.*, p. 444-445. Voir aussi : S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 31-32.

15. Les deux autres groupes de services ont pour caractéristiques d'imposer à leur titulaire la nécessité de conserver intacte la substance de la chose, voir l'article 443 du *Code civil*. Pour une définition ou une description des droits conférés par le *jus abutendi* voir notamment dans la doctrine française : C. ATIAS, *supra*, note 12, p. 80 à 84 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 11, p. 224 à 226 ; A. WEILL, F. TERRE et P. SIMLER, *supra*, note 3, p. 112 à 114 et dans la doctrine québécoise : F. FRENETTE, « Du droit de propriété : certaines de ses dimensions méconnues », (1979) 20 C. de D. 439, 446 et P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, tome 2, Montréal, C. Théoret, 1896, p. 477-478.

serait-il par exemple d'un propriétaire qui rénoverait substantiellement l'intérieur de sa maison. Autre acte matériel possible : la destruction de la chose. Le propriétaire a, en effet, la faculté de porter irrémédiablement atteinte à la substance de la chose.

Les actes juridiques permis au propriétaire sont également étendus. Il peut céder, en tout ou en partie, le droit aux services de la chose¹⁶. En transmettant un droit d'usufruit ou d'emphytéose, il crée un démembrement de la propriété qui a pour effet de transférer à autrui un groupe de services déterminés. Par ailleurs, en aliénant la chose, il renonce pour l'avenir à tous ses services.

La propriété spatio-temporelle se doit, si elle veut être normalement qualifiée de propriété, de respecter la définition proposée. Le titulaire d'une telle propriété doit détenir, entre ses mains, cette faculté inhérente au droit de propriété qu'est le *jus abutendi*. Que le titulaire d'une propriété spatio-temporelle puisse poser sur l'objet de son droit des actes juridiques de disposition, rien ne semble s'y opposer. Il serait ainsi libre de grever son bien d'une hypothèque ou d'un usufruit, ou mieux encore de le vendre. Il ne semble pas qu'il puisse avec la même aisance poser des actes matériels de disposition. Comment concevoir en effet qu'un propriétaire puisse de sa propre initiative modifier substantiellement l'objet de son droit ou même le détruire ? Ce faisant, il porterait atteinte aux droits des propriétaires subséquents qui, eux aussi, ont droit aux services de la chose. Quant à la *vis attractiva*, on peut concevoir que chacun des propriétaires jouisse de cette faculté à l'égard de son propre droit¹⁷.

L'incapacité pour le titulaire d'une propriété spatio-temporelle de poser des actes matériels de disposition sur l'objet de son droit remet en question l'existence même de ce type de propriété. Une solution est cependant envisageable, la possibilité de considérer une propriété dont l'*abusus* serait limité.

1.1.2. La possible hypothèse d'un *abusus* limité

Une propriété dont l'un des attributs, l'*abusus*, n'est pas entre les mains de son titulaire est difficilement concevable¹⁸. Pourtant, il existe des cas où le

16. Il est à remarquer que la faculté de disposer juridiquement d'un droit n'est pas d'apanage exclusif de la propriété ; tout titulaire d'un droit réel peut également céder son droit. Seuls les droits d'usage et d'habitation constituent des exceptions à ce principe (art. 494 et 497 C.c.) encore que les parties puissent choisir de déroger aux prescriptions du code (F. FRETTE, *id.*, p. 440-441).

17. *Infra*, section 2.2.3.1. : De la modalité et de ses particularités.

18. J.-P. Rousselle semble même y voir un obstacle majeur à la reconnaissance de la propriété spatio-temporelle (*supra*, note 7, p. 290).

titulaire d'un droit de propriété ne peut, malgré sa qualité, poser des actes de disposition — matériels ou juridiques — sur l'objet de son droit ; il s'agit de la propriété en substitution, de la propriété inaliénable et de la propriété fiduciaire¹⁹.

L'établissement d'une propriété en substitution exige le respect d'une condition fondamentale pour que soit attestée son existence : une double libéralité doit être créée. D'abord, les biens en substitution sont transmis à un premier bénéficiaire : le grevé ; ensuite, celui-ci est chargé de rendre les biens à un second bénéficiaire : l'appelé²⁰. La nature des droits du grevé sur les biens en substitution se pose avec acuité. De ce que le grevé possède un droit de propriété ou un simple démembrement, varieront les attributs détenus par celui-ci. Une disposition du code précise expressément les droits du grevé. Il y est affirmé que « [l]e grevé possède pour lui-même à titre de propriétaire »²¹. Le libellé de l'article est ou ne peut plus clair, le grevé est propriétaire. D'ailleurs, rien ne vient contredire cette affirmation. Personne d'autre, pas même l'appelé, durant tout le temps que dure la substitution, ne peut prétendre à être titulaire de la *plena in re potestas*. Le grevé détient, sans souffrir la concurrence d'autrui, toutes les prérogatives attachées à la qualité de propriétaire.

Malgré la reconnaissance d'un droit de propriété au grevé, il faut admettre que ce droit est marqué de restrictions non négligeables. Les droits qu'il possède sont assujettis à l'obligation de rendre à l'appelé, les biens substitués. Il jouit donc du *jus utendi* et du *jus fruendi*, mais il n'a qu'un *jus abutendi* limité. D'une part, la loi l'autorise à poser des actes juridiques de disposition. Il peut hypothéquer les biens substitués et même les aliéner, sous réserve cependant du droit de l'appelé de reprendre les biens libres de toute hypothèque, charge ou servitude²². D'autre part, il ne peut poser des actes matériels de disposition, étant tenu de remettre à l'appelé, dans leur intégrité, les biens substitués²³.

Les brimades imposées au titulaire d'une propriété en substitution n'ont pas été sans soulever des doutes quant à la pureté du droit de propriété

19. En plus de ces modifications, d'origine essentiellement juridique, susceptibles de réduire la marge de manœuvre du propriétaire, la nature même de l'objet sur lequel porte le droit peut conditionner l'existence de certaines prérogatives (De VAREILLES-SOMMIÈRES, *supra*, note 12, p. 486-487). Ainsi, certaines matières permettent des usages que d'autres ne permettent pas, pensons, par exemple, à l'acier par rapport au bois.

20. Art. 925 C.C.B.C..

21. Art. 944 C.C.B.C..

22. Art. 949 C.C.B.C.. Il est des cas cependant où l'aliénation peut avoir un caractère définitif (art. 953 a C.C.B.C.).

23. Art. 944, 949 C.C.B.C..

détenu. Des auteurs ont ainsi qualifié d'*étrange* le droit de propriété du grevé²⁴. Dans un article, le professeur Louis Baudouin, après avoir énuméré certaines restrictions au droit du grevé, conclut : « Aucune de ces règles ne correspond aux principes fondamentaux du droit privatif de propriété dont ce code s'est fait le champion. Il serait préférable de ne pas chercher à justifier le droit du grevé comme étant celui de propriété »²⁵. Cette position est basée sur une conception beaucoup trop rigide de la notion de droit de propriété, elle ne prend pas en compte les différentes formes qu'il est susceptible d'adopter sans pour autant le dénaturer.

D'autres auteurs, dont M. Cantin Cumyn²⁶, s'appuyant sur une conception beaucoup plus souple du droit de propriété, réussissent à concilier les restrictions imposées au grevé avec la notion de droit de propriété. Se basant sur les travaux de Pothier²⁷ et de de Vareilles-Sommières²⁸, la professeure rejette l'absolutisme de la définition classique du droit de propriété et reconnaît l'existence possible d'une propriété en partie privée de ses attributs²⁹. La propriété ainsi définie est appropriée aux droits du grevé de substitution.

La propriété inaliénable découle de ce que le propriétaire d'un bien, lors d'une donation, prohibe l'aliénation du bien transmis³⁰. Le légataire se

24. L. BAUDOUIN, « Essai critique sur la substitution fidéicommissaire en droit québécois », (1957) 3 *McGill L. J.* 133, 157 et G. BRIÈRE avec la collaboration de L. DESPINS, *Les libéralités*, Ottawa, Éditions de l'Université d'Ottawa, 1982, p. 277-278.

25. *Id.*, p. 158.

26. *Supra*, note 12 et *idem*. « De l'usufruit, de l'usage et de l'habitation », dans : *Répertoire de droit. Biens*, Doctrine, document 3, p. 35.

27. *Œuvres de Pothier* éditées par M. BUGNET, 2^e éd., tome 9, Paris, Cosse et Marchal/Plon, 1861, p. 104.

28. *Supra*, note 12, p. 455.

29. Qualifiant cette propriété d'imparfaite, l'auteure en décrit ainsi l'état :

La propriété imparfaite est quand même la propriété. Il est, en effet, indéniable que le droit de propriété subsiste aux démembrements qui y sont apportés, même les plus étendus comme le sont l'usufruit et l'emphytéose. Le droit de propriété est aussi susceptible d'être atteint d'autres façons dans sa plénitude. Il existe de nombreuses restrictions dans l'exercice du droit du propriétaire, dans l'usage qu'il peut faire de sa chose, dans l'exploitation qu'il peut vouloir établir, de même que dans les actes de disposition.

Or, dans chaque cas, on ne considère pas moins que le propriétaire conserve sa qualité nonobstant les restrictions qui lui sont imposées. Il découle de ce que nous venons de dire que si le propriétaire est celui qui, en théorie, exerce la plénitude des droits attachés à la chose, en retire toute l'utilité ou les services, il peut être dépouillé de chacun de ces avantages sans perdre sa qualité. Par conséquent, aucun des éléments classiques de la propriété n'est essentiel à son existence.

Supra, note 12, p. 13-14. L'épithète, servant à qualifier la propriété, emprunté à Pothier (*supra*, note 27, p. 104), est mal choisi. Plus bas, nous reviendrons sur ce point (*infra*, note 241).

30. Art. 968 C.C.B.C. ; G. BRIÈRE, *supra*, note 24, p. 283.

retrouve avec un bien sur lequel il ne peut effectuer des actes juridiques de disposition. Toutefois, son droit de propriété n'est pas pour autant compromis. Ainsi que l'a fait remarquer la Cour de Rennes au siècle dernier : « [...] la condition d'inaliénabilité [...] n'empêche pas le donateur d'être dessaisi par l'acceptation des biens qui en font l'objet, et privé du droit de disposer à l'avenir, ni le donataire d'être investi de tous les droits du donateur, sauf la *suspension momentanée de l'exercice* de l'un d'eux ; [...] » (Souligné par nous)³¹. Le professeur Jean Carbonnier a qualifié la situation de *paralyse* temporaire de l'*abusus*³². Le mot employé rend bien la réalité. Le *jus abutendi* est toujours détenu par le propriétaire de la chose inaliénable, mais celui-ci est dans l'impossibilité de jouir de cette prérogative. Advenant que la prohibition cesse, il pourra dès lors disposer des biens³³.

La propriété fiduciaire, quant à elle, est plus problématique. Depuis longtemps — le code étant muet à cet égard — la question de déterminer la nature des droits conférés par la fiducie a été posée. Durant le temps que dure la fiducie, les droits du fiduciaire sont considérablement étendus, ils connaissent toutefois des limites. Les biens en fiducie sont *transportés*, précise la loi, au fiduciaire³⁴. Ce dernier possède alors d'importants pouvoirs sur les dits biens. Il en assume la gestion et peut même en disposer, à titre onéreux, de son seul chef, sans l'intervention des bénéficiaires³⁵. En revanche, il ne jouit pas pour autant de toutes les prérogatives du propriétaire. Il ne peut laisser dépérir les biens qui lui ont été transmis³⁶ et bénéficier pour lui-même du *jus utendi* et du *jus fruendi*³⁷. De surcroît, à l'expiration de la fiducie, il doit rendre compte et transmettre les biens au bénéficiaire³⁸. Dans de telles conditions, on comprend aisément que les tribunaux et les auteurs se soient interrogés sur la nature des droits détenus par le fiduciaire. Diverses hypothèses ont été envisagées ; ces droits ont été

31. *Syndics Douillet v. Douillet*, Cour de Rennes, 22 mars 1862, D. 1864.1.494, voir aussi : A. WAGNER, « La clause d'inaliénabilité dans les donations et les legs », (1907) 6 *Rev. trim. dr. civ.* 311, 313.

32. J. CARBONNIER, *Droit civil*, tome 3, *Les biens*, 11^e éd., Paris, P.U.F., 1983, p. 125.

33. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1932, p. 949-950 et de VAREILLE-SOMMIÈRES, *supra*, note 12, p. 454-455.

34. Art. 981 a C.C.B.C..

35. Art. 981 j C.C.B.C.. L'article ne précise pas que le fiduciaire doit disposer des biens à titre onéreux, la jurisprudence cependant le mentionne : *Reford v. National Trust Company*, [1968] B.R. 689, 697.

36. Art. 981 d, 981 k C.C.B.C..

37. Art. 981 b C.C.B.C..

38. Art. 981 l C.C.B.C..

qualifiés de droit de propriété³⁹, de patrimoine d'affectation⁴⁰ et de modalité ou démembrement du droit de propriété⁴¹. Il a également été soutenu que, à l'instar de la common law, la fiducie québécoise produit une scission de la propriété accordant le *beneficial ownership* à une personne et le *legal title* à une autre⁴².

-
39. P.-B. MIGNAULT, « À propos de fiducie », (1933-34) 12 *R. du D.* 73. Auparavant l'auteur avait défendu une thèse différente, il voyait le fiduciaire comme un administrateur et considérait le bénéficiaire de la fiducie nu-propriétaire (*Le droit civil canadien*, tome 5, Montréal, C. Théoret, 1901, p. 155-156).
40. M. FARIBAULT, *Traité théorique et pratique de la fiducie ou trust du droit civil dans la province de Québec*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1936, p. 105 à 158 ; Y. CARON, « The Trust in Quebec », (1979-80) 25 *McGill L. J.* 421, 430 à 432 ; M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 12, p. 66 à 72 et *Idem*, « La propriété fiduciaire : mythe ou réalité ? », (1984-85) 15 *R.D.U.S.* 7, 15. Sur le concept de patrimoine d'affectation, voir aussi : P. CHARBONNEAU, « Les patrimoines d'affectation : vers un nouveau paradigme en droit québécois du patrimoine », (1982-83) 85 *R. du N.* 491.
41. D.N. METTARLIN, « The Quebec Trust and the Civil Law », (1975) 21 *McGill L. J.* 175, 218 à 222. Selon l'auteur, le fiduciaire est titulaire d'un droit réel d'administration, alors que le bénéficiaire est propriétaire sous condition suspensive et le constituant est propriétaire sous condition résolutoire.
42. M. TANCELIN, *Des obligations*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1986, p. 473 à 482. Le professeur Tancelin s'élève contre la conception unitaire de la propriété retenue par le juge Rinfret dans l'arrêt *Liberté c. Larue* ([1931] R.C.S. 7, 16) et reprise par le juge Beetz dans l'affaire *Royal Trust Company c. Tucker* ([1982] 1 R.C.S. 250, 261). D'ailleurs soutient l'auteur, avant même l'introduction de la fiducie en droit québécois en 1879 (*Acte concernant la fiducie*, S.Q. 1879, c. 29), le code avait déjà intégré des éléments de la conception anglaise du droit des biens. À l'appui de son affirmation, il mentionne la notion d'intérêt sur un bien (*interest*) qu'il a retrouvé dans huit dispositions du *Code civil* (art. 297, 363, 387, 1484, 2361, 2393, 2652 et 2668). Cette opinion nous apparaît difficilement défendable. Dans cinq de ces articles (297, 363, 387 (comparer, ainsi que le suggère d'ailleurs le professeur Tancelin, avec 529 du C.C. français), 2361 et 2393 (comparer avec 220 du *Code de commerce* français)), il faut, selon nous, considérer le mot intérêt comme un synonyme de part sociale ou action. C'est d'ailleurs dans ce sens, aux dires de Demolombe, qu'il a été utilisé au *Code civil* français à l'article 529 (notre article 387) : « L'action, dans notre article 529, exprime le droit d'un associé anonyme ou même en commandite [...] ; l'intérêt est le droit de l'associé dans une société en nom collectif » (*Cours de Code Napoléon*, tome 9, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1866, p. 253). L'emploi du mot intérêt dans l'article 1484 est davantage problématique et ne peut vraisemblablement recevoir l'acception que nous suggérons, il s'entend davantage dans le sens de droit réel. Quant aux articles 2652 et 2668, situés au chapitre *De l'assurance maritime*, ils pourraient peut-être donner raison au professeur Tancelin, mais il faudrait, avant de conclure, analyser la genèse de ces dispositions, ce qui dépasse les préoccupations de la présente étude.

Qu'il y ait des marques de l'influence de la common law en droit des biens est chose possible, mais il ne nous semble pas que le mot intérêt puisse être vu comme une manifestation de cette influence. Au contraire, le sens qu'il prend dans les articles datant de 1866 est plutôt compatible avec une conception unitaire de la propriété.

Considérer le fiduciaire propriétaire des biens détenus en fiducie est probablement la solution la plus en accord avec l'économie du droit des biens et celle qui, de loin, reçoit le plus d'adhésion. Tous s'entendent cependant pour reconnaître le caractère particulier de cette propriété de même que le caractère limité des droits du propriétaire. L'hypothèse d'une propriété fiduciaire repose sur le postulat selon lequel toute propriété est obligatoirement détenue par un sujet de droit. Or il s'avère que tant le donateur ou le testateur que le bénéficiaire ne peuvent être considérés pleinement détenteurs d'un droit de propriété durant le temps que dure la fiducie⁴³. Dans le premier cas, le donateur ou le testateur se départissent obligatoirement de la propriété des biens en fiducie : « donner et retenir ne vaut ». Dans le second cas, le bénéficiaire, du libellé même des articles pertinents du Code⁴⁴, ne peut vraisemblablement prétendre à un droit de propriété. En outre, il est des cas où le bénéficiaire, quoique désigné, n'existe pas encore au moment où la fiducie est constituée, pourtant la fiducie n'en est pas moins valide⁴⁵. Les éventuelles prétentions du constituant et du bénéficiaire étant repoussées, seul le fiduciaire est justifié de prétendre à un droit de propriété. Dans un jugement rendu par la Cour d'appel, le juge Salvas, dressant un tableau des droits du fiduciaire, s'exprimait ainsi :

[...] pendant ce temps [le temps que dure la fiducie], la propriété n'est pas en suspens ; elle est nécessairement restreinte par l'effet de la fiducie et elle repose sur la tête des fiduciaires. Ces derniers n'ont, sans doute, qu'un *droit limité de propriété* bien qu'ils aient le pouvoir de conférer aux acquéreurs des biens sujets à la fiducie un titre complet de propriété. C'est là une dérogation aux principes généraux de notre droit civil, mais c'est une *dérogation voulue par le législateur*. (Souligné par nous).⁴⁶

Récemment la Cour suprême en venait à une conclusion semblable. Toutefois devant le caractère peu orthodoxe du droit de propriété du fiduciaire — droit temporaire et dépourvu du *fructus* — elle préférerait parler de propriété *sui generis*⁴⁷.

Des trois exemples soumis, la propriété fiduciaire est sans doute celle qui respecte le moins le canevas classique du droit de propriété. Aussi certains montrent-ils beaucoup de réticences à admettre l'existence d'une propriété

43. Cette hypothèse a été défendue par P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 39, p. 76 et reprise par la Cour suprême récemment : *Royal Trust Company c. Tucker*, *id.*, p. 272.

44. Art. 981 b, 981 j et surtout 981 l C.C.B.C.

45. *Abbott v. Fraser*, (1876) 20 L.C.J. 197 (C.P.) et *Royal Trust Company c. Tucker*, *supra*, note 42, p. 276.

46. *Reford v. National Trust Company*, *supra*, note 35, p. 698 ; voir aussi : P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 39, p. 73.

47. *Royal Trust Company c. Tucker*, *supra*, note 42, p. 272-273.

aux écarts si prononcés vis-à-vis le modèle classique. Ainsi la professeure M. Cantin Cumyn rejette-t-elle l'hypothèse de la propriété fiduciaire :

De toute évidence, la situation du fiduciaire n'est pas équivalente à celle d'un propriétaire dans le sens civiliste du terme. En effet, alors que le propriétaire a une liberté de jouir de son droit qui ne souffre que les restrictions qui lui sont imposées d'une manière spécifique par la loi ou par un acte juridique et alors que le propriétaire est libre de conserver ou de laisser dépérir sa chose, le fiduciaire n'a aucune faculté à l'égard de la fonction qu'il doit remplir. Il n'a que les pouvoirs que l'acte constitutif ou la loi lui accordent et qu'il ne peut exercer que si cela se justifie dans le cadre d'une bonne gestion. Il ne peut disposer qu'à titre onéreux et à charge de remploi. *Sa situation est l'antithèse d'un droit de propriété.* (Souligné par nous).⁴⁸

Il nous apparaît que la professeure s'éloigne de la définition plus ouverte et plus souple qu'elle a déjà suggérée du droit de propriété⁴⁹. Cette définition tranchait avec la conception plutôt dogmatique habituellement proposée de la notion de propriété. Elle ne retenait, comme seul élément essentiel du droit de propriété, que son caractère résiduaire, les autres éléments (*usus, fructus, abusus*) n'étant pas vus comme primordiaux à son existence. On s'étonne que l'auteure, compte tenu de la définition proposée, n'ait pas considéré le fiduciaire propriétaire des biens détenus en fiducie.

En définitive, pour qui accepte en prémisse que le droit de propriété est susceptible de modifications, rien ne s'oppose à ce que le détenteur du droit de propriété ne puisse jouir de toutes les prérogatives attachées à la propriété. D'ailleurs, comme l'a mentionné le professeur F. Frenette : « Il faut bien retenir que rien, absolument rien ne prescrit au Code que le droit de propriété doive s'exercer de manière à pouvoir réaliser en tout temps tous les avantages liés à la définition donnée à l'article 406 C.C.B.C. »⁵⁰.

Que le propriétaire accorde des droits personnels ou des droits réels sur la chose objet de son droit de propriété et qu'il ne conserve, par le fait même, que des droits fort limités sur la chose, cela ne change pas pour autant la qualification de son droit. Bien plus, qu'une personne détienne des droits restreints sur une chose, notamment à cause de l'impossibilité d'en disposer ou de l'obligation d'en transférer la propriété, cela ne compromet pas davantage le droit de propriété.

Il est donc possible de conclure que la propriété spatio-temporelle puisse transmettre à son détenteur un *jus abutendi* limité sans pour autant porter atteinte à son existence.

48. *Supra*, note 40, p. 12 ; des propos similaires sont tenus par A. COSSETTE (« Aperçu des principales nouveautés de la réforme du droit des biens », (1984) 15 *R.G.D.* 385, 396-397).

49. *Supra*, note 29.

50. « La propriété fiduciaire », (1985) 26 *C. de D.* 727, 736.

1.2. La perpétuité

La doctrine française postérieure à la codification souligne invariablement le caractère perpétuel du droit de propriété. On chercherait vainement chez les auteurs l'absence de ce caractère de la propriété. Par ailleurs, malgré sa qualité fondamentale, la perpétuité a été l'objet de bien peu d'attention. Tous s'accordent à en reconnaître l'importance, mais bien peu se sont attardés à en analyser la justification et la portée. Personne, à notre connaissance, ne l'a véritablement remise en question.

La littérature sur cette notion est donc fort rare. Tous les auteurs de traités lui consacrent bien quelques paragraphes, mais la teneur de leurs propos est habituellement toujours la même. Deux exceptions sont à signaler : l'article de de Vareilles-Sommières⁵¹ et la thèse de Marcel Chauffardet⁵².

1.2.1. Un caractère inhérent au droit de propriété

La propriété est perpétuelle. Dépassant l'énoncé, nous allons tenter d'analyser le contenu de l'affirmation. La notion de perpétuité réfère à deux réalités différentes. D'une part, le droit de propriété dure aussi longtemps que la chose sur laquelle il porte, d'autre part, la propriété est le droit général aux services perpétuels de la chose. La perpétuité au premier sens a été désignée de perpétuité de fait, au second sens de perpétuité de droit. Dans la très grande majorité des cas, lorsque les auteurs parlent de la perpétuité, ils se rattachent au premier sens. Tour à tour, seront présentés l'un et l'autre des deux aspects de la perpétuité.

1.2.1.1. Le droit de propriété dure aussi longtemps que la chose sur laquelle il porte

Le droit de propriété dure aussi longtemps que la chose sur laquelle il porte. Il s'agit là d'un trait distinctif de la propriété. S'agissant de la reconnaissance d'un fait, cette réalité a été qualifiée de perpétuité de fait. Chauffardet a bien résumé cet aspect de la perpétuité :

51. *Supra*, note 12. Il est nécessaire, afin de ne pas dénaturer les propos de l'auteur, de préciser que la perpétuité n'est pas présentée comme un caractère de la propriété. Définissant le droit de propriété comme le « droit *général* aux services de la chose », de Vareilles-Sommières considère la perpétuité comme un effet de sa généralité (p. 485).

52. *Le problème de la perpétuité de la propriété. Étude de sociologie juridique et de droit positif*, Paris, Sirey, 1933, xv, 327p.

L'idée traditionnelle au sujet de la nature juridique de la perpétuité de la propriété est simple : on admet qu'à la différence des autres droits, la propriété n'est pas susceptible de s'éteindre purement et simplement aussi longtemps du moins qu'existe la chose sur laquelle elle porte, [...].⁵³

Deux conséquences découlent de la perpétuité de fait. La première : le droit de propriété s'éteint par la perte de la chose ; la seconde : le droit de propriété se perpétue en se transmettant.

La perte de la chose, objet du droit de propriété, peut être provoquée de diverses façons. La destruction de la chose est sans contredit la manière la plus directe d'y mettre fin. Le fruit consommé et la maison incendiée ont perdu leur individualité, l'un comme l'autre étant anéantis il n'existe plus d'objet sur lequel peut porter le droit ; sauf évidemment les vestiges, si tant est qu'ils puissent encore être objet d'une propriété. La perpétuité du droit est donc intimement liée à la pérennité de l'objet.

Le propriétaire a également la faculté de renoncer à son droit en abandonnant la chose. Cette renonciation volontaire doit se manifester non seulement par l'abandon physique de la chose, mais aussi par l'intention de renoncer au droit de propriété. La Cour d'appel a déjà reconnu expressément ce mode d'extinction du droit de propriété. Dans cette affaire, la demanderesse avait envoyé au dépotier les effets provenant des décombres d'un incendie. L'un des camionneurs, responsable du transport, avait vendu à un commerçant de rebuts des pièces de ferrailles et des chiffons que ce dernier avait à son tour vendu à des clients. La demanderesse revendiquait la valeur des effets vendus estimant détenir encore un droit de propriété sur les rebuts envoyés au dépotier. La Cour d'appel refusa au motif que « [...] la propriété se perd par l'abandon [...]. Du jour où une chose est abandonnée, celui qui l'a abandonnée cesse d'en être propriétaire, [...] »⁵⁴.

Des actes positifs peuvent donc mettre fin au droit de propriété qu'il s'agisse de la destruction ou de l'abandon de la chose. Au contraire, le simple non-usage de la propriété ne suffit pas à y mettre fin. En effet, le droit de

53. *Id.*, p. 90. Avant Chauffardet, de Vareilles-Sommières avait déjà clairement exprimé cette facette de la perpétuité du droit de propriété, voir : *supra*, note 12, p. 457 à 459. D'autres auteurs ont également mentionné le lien existant entre la perpétuité du droit de propriété et son objet, citons, en France : J. CARBONNIER, *supra*, note 32, p. 110 ; A. COLIN et H. CAPILANT, *Traité de droit civil*, refondu par L. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, tome 2, Paris, Dalloz, 1959, p. 133 ; C. GOYET, *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Paris, L.G.D.J., 1983, p. 197 ; L. JOSSERAND, *supra*, note 33, p. 780 ; D. LEFEBVRE, « Propriété », *Juris-classeur civil*, art. 544 ; H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 2, 4^e éd., par M. de JUGLART, vol. 2 : *Biens*, Paris, Éditions Montchrestien, 1969, p. 60 et au Québec : J.-G. CARDINAL, « La propriété immobilière, ses démembrements, ses modalités », (1964-65) 67 *R. du N.* 271, 282-283.

54. *A.F. Byers Construction Co. Ltd. v. Little Daisy Dress Co. Ltd.*, [1952] B.R. 645, 651.

propriété se distingue des autres droits réels⁵⁵ qui eux peuvent s'éteindre du seul fait pour leur titulaire de n'en point faire usage. La propriété ne prendra fin, elle, que si une autre personne la prescrit acquisitivement.

Autre conséquence de la perpétuité de fait, le droit de propriété ne se perd pas en se transférant. Le droit de propriété fait corps avec l'objet et le suit. Ainsi donc, que le titulaire d'une chose se départisse de sa propriété en l'aliénant en la léguant ou qu'à son décès elle soit transmise à ses héritiers, le droit survit au transfert de propriété d'un titulaire à l'autre ainsi que l'a mentionné de Vareilles-Sommières :

[...] la propriété est en effet un droit qui peut, qui doit normalement durer autant que la chose. À la mort du propriétaire, elle ne s'éteint pas, mais est *transmise* par lui-même ou par la loi au légataire ou à l'héritier. Si de son vivant le propriétaire aliène la chose, il aliène du même coup son droit, cette autre chose, qui, là encore, sans s'éteindre, passe d'une tête sur une autre. De même l'usucapion, l'expropriation, la confiscation déplacent le droit dans son identité.⁵⁶

À quelques exceptions près, lorsque les auteurs réfèrent à la perpétuité du droit de propriété, ils pensent à la perpétuité de fait. La notion de perpétuité est alors centrée sur l'objet du droit de propriété ; en conséquence, la longévité du droit se confond à celle de la chose sur lequel il porte et le droit survit à un changement de titulaire, à un changement de sujet. Si elle satisfait la plupart des auteurs, qui trouvent suffisante cette explication de la portée de ce caractère du droit de propriété, des réserves ont été émises par d'autres. Essentiellement, les critiques sont venues de de Vareilles-Sommières et de M. Chauffardet. L'un et l'autre, quoiqu'ils reconnaissent l'existence de cet aspect de la perpétuité, ont vu la nécessité d'introduire une seconde facette à la perpétuité.

1.2.1.2. Le droit de propriété est le droit général aux services perpétuels de la chose

La perpétuité de fait ne donnait de la perpétuité qu'une image incomplète. En reconnaissant que le droit de propriété est le droit général aux

55. L'usufruit, l'usage, l'habitation et les servitudes conventionnelles s'éteignent par le non usage pendant trente ans (art. 479, 488 et 562 C.C.B.C.).

56. *Supra*, note 12, p. 457 ; voir au même effet, M. CHAUFFARDET, *supra*, note 52, p. 99 ; L. JOSSERAND, *supra*, note 33, p. 780 et D. LEFEBVRE, *supra*, note 53, art. 544.

De Vareilles-Sommières ne partage cependant pas cette opinion, puisque selon lui le droit se rattache à l'individu ; il le considère comme un *pouvoir d'agir* intrinsèque à la personne. Un propriétaire qui aliène une chose ou la transfère à ses héritiers ne transmettrait pas en même temps son droit de propriété. Ce droit disparaît lorsque le propriétaire se sépare de la chose et un nouveau droit, un nouveau pouvoir d'agir, renaît entre les mains du titulaire de la propriété. Dans ce sens, le droit de propriété ne serait donc pas perpétuel (*id.*, p. 459).

services perpétuels de la chose, la perpétuité acquiert un tout autre relief. L'introduction de ce second aspect de la perpétuité est tributaire de la définition de la propriété proposée par de Vareilles-Sommières⁵⁷.

Le droit qu'a le propriétaire à tous les services de la chose en fait le plus complet des droits réels. Les services auxquels a droit le propriétaire sont non seulement les services présents mais aussi les services futurs de la chose. Cette prérogative du propriétaire, à prétendre pour l'avenir à tous les services de la chose aussi longtemps qu'elle existera, a été qualifiée de perpétuité de droit.

Cette conception de la perpétuité peut apparaître abstraite. Comment, au moment présent, une personne peut-elle prétendre pouvoir tirer tous les services d'une chose et ce, indéfiniment ? Cela n'est pas aussi invraisemblable qu'il semble. La nature des choses détermine le genre de services qui peut en être tiré. Toutes les choses ne sont pas susceptibles d'offrir à leur titulaire des services pour l'éternité. Un bien de consommation, d'une nature éphémère, possède une espérance de vie limitée ; son propriétaire peut considérer avoir droit d'en tirer les services futurs, il devra toutefois s'exécuter avant que l'objet de son droit ne périsse. À l'inverse, le bien durable offre à son propriétaire une perspective autre. Il est même probable qu'un tel bien survive à son propriétaire. Dans un tel cas, peut-on croire qu'actuellement le propriétaire puisse jouir des services qu'offrira la chose dans cent ans, dans mille ans ou même davantage ? Le propriétaire est la seule personne qui, au moment présent, puisse soutenir une telle prétention.

Il nous apparaît d'ailleurs essentiel qu'au moins une personne soit titulaire d'un tel pouvoir, sinon l'exploitation des biens s'en trouverait compromise, en partie à tout le moins. Au cas contraire, la propriété ne pourrait être démembrée et le propriétaire ne pourrait conférer de droits personnels sur ses biens. En effet, comment serait-il possible d'en être autrement si personne ne peut estimer avoir le contrôle du bien pour le futur ? Ainsi, le propriétaire serait inapte à céder un immeuble par contrat d'emphytéose durant quatre-vingt-dix-neuf ans ou à louer un appartement, ne fut-ce que pour douze mois. C'est la vocation aux services futurs qui lui permet, dès aujourd'hui, de se priver de certains services pour un temps limité.

Le propriétaire peut toujours, et lui seul possède ce privilège, jouir au moment présent de tous les services futurs de la chose. Il y parvient en aliénant la chose, en mettant fin à son droit. L'aliénation d'un bien constitue la renonciation aux services présents de la chose, c'est également la renonciation définitive à tous les services auxquels aurait eu droit le

57. *Supra*, note 13 et le texte correspondant.

propriétaire pour l'avenir. La vente permet d'actualiser les services futurs de la chose, d'évaluer au moment présent ce que l'on aurait pu attendre de celle-ci⁵⁸.

En définitive, le droit du propriétaire aux services présents et futurs — donc aux services perpétuels — de la chose apparaît inhérent à l'idée même de propriété. Cependant, malgré la satisfaction que peut apporter l'affirmation à quiconque se penche sur la notion de propriété, il est nécessaire d'en relativiser les effets en mentionnant que le propriétaire, malgré la vocation à la perpétuité qui lui est reconnue, ne peut jouir des services futurs de la chose qu'en tenant compte de la capacité réelle de préhension de la personne sur le futur.

La perpétuité possède donc un caractère dualiste. Elle reconnaît, d'une part, le droit du propriétaire aux services perpétuels de la chose — la perpétuité de droit — et, d'autre part, que ce droit est habituellement perpétuel — la perpétuité de fait⁵⁹. La perpétuité au second sens rend bien imparfaitement la réalité. D'affirmer que le droit de propriété dure aussi longtemps que l'objet sur lequel il porte et que le droit survit au sujet est vrai, mais cela est aussi vrai d'autres droits réels⁶⁰. En revanche, le droit aux services futurs à perpétuité est une caractéristique fondamentale de la propriété. Il est pour le moins déconcertant que cet aspect de la perpétuité, quoique reconnu depuis longtemps, n'ait pas été davantage intégré à la doctrine.

1.2.2. La problématique hypothèse d'une propriété temporaire

La perpétuité de droit constitue pour nous une qualité inhérente à la propriété. Reste donc à déterminer si cette qualité est conciliable avec une propriété spatio-temporelle. Peut-on concevoir une appropriation exclusive⁶¹, successive et cyclique, par plusieurs sujets de droit des services

58. Il ne faut pas en conclure que le propriétaire touchera lors de la transaction la valeur que potentiellement il pouvait prétendre tirer de tous les services de la chose jusqu'à la fin des temps. Penser autrement serait injustifiable. D'abord, il serait impossible d'évaluer avec justesse la valeur des services futurs de la chose, et ensuite, l'acquisition des biens perdrait tout intérêt puisque aucun profit ne pourrait être escompté de leur exploitation. L'évaluation de la chose sera donc établie en fonction des services présents et des services futurs, plus ou moins immédiats, que l'on peut prétendre pouvoir tirer de la chose, tenant compte de sa nature, de sa longévité, de la qualité et de la quantité des services qu'elle est susceptible de rendre.

59. De VAREILLES-SOMMIÈRES, *supra*, note 12, p. 458.

60. L'usufruit et l'emphytéose peuvent survivre à leur sujet mais non à leur objet (art. 479, 579 C.C.B.C.).

61. *Infra* : section 2.1.2. : L'indivision.

futurs d'une chose sans que ne soit porté atteinte à l'essence même de la propriété? Autrement dit, les services futurs de la chose peuvent-ils être morcelés entre plusieurs personnes? Il semblerait que non. La propriété ayant été définie comme le droit de tirer d'une chose tous les services, présents et futurs, le droit de tirer les services futurs pour des périodes déterminées et limitées ne pourrait être assimilé à la propriété.

Il faut se garder de confondre propriété à terme (*ad tempus*) et droit temporaire aux services perpétuels de la chose. Quoique à première vue semblable, la réalité traduite par les deux énoncés est différente. Nous en étudierons la portée séparément.

1.2.2.1. La propriété *ad tempus*

Parler de propriété à terme est antinomique. Certains auteurs ont d'ailleurs signalé l'impossibilité de reconnaître l'existence d'une telle propriété, ainsi il a été écrit : « *il n'existe pas de droit de propriété temporaire* ; on ne peut pas céder la propriété de sa chose pour un temps limité »⁶². Ou encore, dans un article portant sur la multipropriété, on a pu lire : « [...], le droit de propriété est, pour chacun des titulaires successifs, continu, pour ne pas dire "perpétuel". Il n'est ni limité ni cantonné à des fractions de temps, à l'intérieur de sa propre durée, au regard de celui qui en est le titulaire »⁶³. En France, la Cour de cassation a pour sa part affirmé sans ambages : « le droit de propriété ne saurait être borné par le temps »⁶⁴. La perpétuité étant inhérente au droit de propriété, on ne peut en modifier les paramètres sans porter atteinte irrémédiablement à la notion même de propriété. La propriété spatio-temporelle, ne trouve donc pas ici assise à son édification, elle est au contraire confrontée à un obstacle de taille.

Est-ce à dire que la propriété est monolithique, qu'elle ne peut être exploitée que par le propriétaire? Certes non, les exemples d'exploitation d'une chose par d'autres personnes que par le propriétaire ne manquent pas, on n'a qu'à penser au détenteur d'un démembrement de la propriété ou d'un droit de créance. Dans ces cas cependant, les uns comme les autres ne peuvent prétendre aux services perpétuels de la chose. Il y a probablement ici un

62. H., L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 53, p. 60, et à la page 101 où il est dit : « Le droit de propriété étant perpétuel, il n'est pas possible d'être propriétaire pour x années » ; voir aussi : de VAREILLES-SOMMIÈRES, *supra*, note 12, p. 456 et C. DEMOLOMBE, *supra*, note 42, p. 461-462.

63. B. STEMMER, « De la division dans le temps de la jouissance des immeubles, inexactement qualifiée multipropriété », *J.C.P.* (édition notariale) 1976, n° 20, 2789, n° 11.

64. *Javal v. Delalande*, Cour de Cassation, Chambre civile, 8 juillet 1851, S. 1851.1.682.

créneau pour la propriété spatio-temporelle, encore doit-on se demander s'il s'agit encore de propriété ?

Les démembrements de la propriété, qu'il s'agisse de l'usufruit, de l'usage, de l'habitation ou de l'emphytéose, sont temporaires ; les servitudes constituent un cas particulier. La durée de l'emphytéose est expressément indiquée au code ; elle ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans⁶⁵. L'usufruit, l'usage et l'habitation pour leur part ne font pas l'objet d'une disposition aussi claire. Il est mentionné à l'article 479 du *Code civil* que l'usufruit peut être viager ou à durée déterminée. L'usufruit perpétuel entrerait donc dans cette dernière catégorie. La doctrine est unanime cependant à nier cette éventualité. La professeure M. Cantin Cumyn exprime, en ces termes, son opposition à l'idée de perpétuité :

Un usufruit perpétuel entraînerait une négation du droit du nu-propétaire dont l'attrait principal consiste à prévoir [sic] éventuellement récupérer la totalité du droit de propriété. On ne verrait pas davantage l'utilité de l'obligation de l'usufruitier de conserver la substance de la chose si l'*usus* et le *fructus* ne devaient jamais faire retour à la nue-propriété.⁶⁶

L'usage et l'habitation, étant donné l'étroite parenté qui les unit à l'usufruit⁶⁷, sont marqués par la même précarité. Le droit de coupe pour un temps limité⁶⁸ ainsi que son nom l'indique est aussi temporaire. Il en va de même pour le droit de superficie chez ceux qui perçoivent ce droit comme un démembrement de la propriété⁶⁹.

Les servitudes réelles constituent un cas particulier. Étant un démembrement de la propriété, on devait s'attendre à ce que, à l'instar des autres démembrements, elles soient temporaires. Tel n'est toutefois pas le cas. Par sa définition, une servitude est « une charge imposée sur un héritage pour l'utilité d'un autre héritage »⁷⁰, il va donc de soi qu'elle est un accessoire par rapport au fonds de terre qui lui constitue le principal. Il est alors normal, à cause des liens intimes qui unissent la servitude au fonds, qu'elle jouisse de la perpétuité⁷¹.

65. Art. 568 C.C.B.C..

66. *Supra*, note 26, p. 38. Au même effet, voir : G. CORNU, *supra*, note 3, p. 446-447, 457-458 et H. L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 53, p. 293.

67. L'article 488 du C.C.B.C. édicte en effet que l'usage et l'habitation prennent fin de la même manière que l'usufruit.

68. Art. 381 C.C.B.C..

69. J. GOULET, « Les droits de superficie et l'imprécision du langage juridique », (1978) 19 C. de D. 1109. Voir aussi, *infra*, note 247.

70. Art. 499 C.C.B.C..

71. A. WEILL, F. TERRE et P. SIMIER, *supra*, note 3, p. 752 ; M. CANTIN CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innomés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 R. du B. 3, 43 et F. FRENETTE, *supra*, note 50, p. 732.

Ce qui vient d'être affirmé pour les démembrements de la propriété vaut également pour les droits de créance. Ces derniers, guère plus que les premiers, n'ont vocation à la perpétuité. Notre opinion s'inscrit à contre courant de certains arrêts de la Cour d'appel et de la Cour suprême du Canada portant sur des baux de location. Le premier et le plus déterminant de ces arrêts traitait de la location de forces hydrauliques. Le contrat en litige, d'une durée de 21 ans, était renouvelable par la suite pour des périodes d'égale durée et ce, à perpétuité (*forever*). Quoique, à notre avis, la Cour n'avait pas à se prononcer sur la perpétuité du bail de location pour solutionner l'affaire, elle le fit. Il n'est pas sans intérêt de noter qu'il s'agit là de l'un des rares cas où, en droit québécois, la perpétuité d'un droit a donné lieu à un développement jurisprudentiel. Le juge Rinfret, dont l'opinion était partagée par trois de ses collègues, reconnaissait en ces termes la perpétuité possible des baux de location :

A lease, or demise, of property in perpetuity is not contrary to the law of Quebec. For the discussion of that proposition, it is idle to refer to the modern French law, because the French Civil Code does not contain articles 1593 and the following of the Quebec Civil Code and the law is different. In fact, counsel for the appellant stated at bar that this case stood to be decided under the law having force in the province of Quebec alone.

[...]

Perpetuity of consideration is recognized by the Quebec Civil Code and no text makes it contrary to public order, or illegal. In fact, several grants recognized by the code are perpetual, such as, for example : « A contract of sale » (Art. 1472 C.C.) ; (« The alienation for rent » (Arts. 1593-1594-1595 C.C.) ; « The right to cut timber perpetually » (Art. 381 C.C.) ; « Constituted rents and all other perpetual or life rents » (Art. 388 C.C.) ; « Ground rents or other rents affecting real estate, although they are redeemable at the option of the debtor » (Art. 389 and 391 C.C.) ; and « Constitution of rent » (Arts. 1787 and 1789 C.C.), under which the capital remains permanently in the hands of one party who pays yearly interest to the other on the capital of the rent and which may be constituted either in perpetuity or for a term, although redeemable by the debtor, subject to the provisions contained in articles 390, 391 and 392 C.C.⁷²

Cette décision fut l'objet de critiques fort justifiées. Le libellé même de l'article 1601 du *Code civil*, tel qu'il se lisait à l'époque, définissait le louage des choses comme étant un contrat transmettant : « [...] la jouissance d'une chose pendant un certain temps, [...] »⁷³. Selon nous, il est injustifiable de considérer que les mots « un certain temps » puissent comprendre la

72. *Consumers Cordage Company, Ltd. v. St. Gabriel Land and Hydraulic Company, Ltd.*, [1945] R.C.S. 158, 165-166.

73. L'article 1601, devenu 1600, a subi quelques modifications de forme, cependant la substance est demeurée la même.

perpétuité. La doctrine québécoise⁷⁴ et la doctrine française⁷⁵ ont d'ailleurs fait ressortir le caractère temporaire du louage de chose. Le juge Rinfret cependant refuse de prendre en considération la doctrine française étant donné que le *Code civil* français ne contient pas, à l'instar du *Code civil du Bas-Canada*, des articles réglementant le bail à rente. À tort le juge confond les deux baux. Pourtant alors que l'un est translatif de propriété — le bail à rente —, il n'en va pas ainsi de l'autre — le bail de location. Seul le premier, par essence, est perpétuel. De surcroît, en France, quoique ne faisant pas l'objet de dispositions au *Code civil*, le bail à rente n'est pas pour autant proscrit comme semble le croire le juge⁷⁶.

Autre argument, la perpétuité serait reconnue par le Code et n'irait pas à l'encontre de l'ordre public ; des exemples sont fournis. De fait, ainsi qu'il est démontré plus haut, la propriété étant perpétuelle, on comprend aisément que le contrat de vente (1472 C.C.B.C.), le bail à rente (1593-1595 C.C.B.C.) et le droit de coupe perpétuel (381 C.C.B.C.)⁷⁷ transmettent le droit aux services perpétuels de la chose. Le caractère perpétuel des rentes (388-391, 1787-1788 C.C.B.C.) pourrait constituer la seule exception, cependant il faut se rappeler que malgré leur désignation, elles sont rachetables par anticipation⁷⁸. En définitive, il nous apparaît exister aucun élément permettant de croire à la perpétuité des baux de location.

Le jugement de la Cour suprême sert de base à une décision subséquente de la même cour⁷⁹ ainsi qu'à une décision récente de la Cour d'appel⁸⁰. Toutefois, la Cour supérieure à deux reprises, malgré le poids considérable d'un jugement rendu par le plus haut tribunal du pays, a affirmé, à juste titre, le caractère illicite de clauses de location à perpétuité⁸¹. Pas plus

74. L. FARIBAUT, *Traité de droit civil du Québec*, tome 12, Montréal, Wilson et Lafleur, 1951, p. 23 et s. et P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, tome 7, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, p. 224.

75. H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 3, 5^e éd., par M. de JUGLART, vol. 2 : *Principaux contrats*, 2^e partie, Paris, Éditions Montchrestien, 1980, p. 373-374.

76. *Id.*, p. 374.

77. Le droit de coupe est alors considéré comme étant une propriété superficielle bénéficiant de la perpétuité (*Cadrain v. Théberge*, (1890) 16 Q.L.R. 76 ; *Leblanc v. Price Brothers Company*, (1917) 26 B.R. 29 et L.P. SIROIS, « Droit de coupe de bois — Superficie », (1902-03) 5 R. du N. 98).

78. *L'acte d'amendement seignierial de 1856*, S.C. 1856, c. 53, art. 18.

79. *Cyclorama de Jérusalem Inc. v. Congrégation du Très Saint Rédempteur*, [1964] R.C.S. 595.

80. *Neale c. Katz*, [1979] C.A. 192.

81. *Bélanger v. Ouellette*, [1962] C.S. 497 et *Cité de St-Jérôme c. Corporation municipale du village de Lafontaine* [1976] C.S. 1068.

que les démembrements de la propriété, les droits de créance n'ont vocation à la perpétuité.

Le caractère essentiellement temporaire des démembrements de la propriété et des droits de créance est justifié par la recherche d'une exploitation rationnelle de la propriété. J. Carbonnier, parlant de la situation de la nue-propriété par rapport à l'usufruit, a écrit :

[...] l'usufruit [...] est un droit essentiellement temporaire [...], ce qui contraste avec la perpétuité de la propriété, la loi n'ayant pas voulu que pût se prolonger indéfiniment une dissociation *anormale et anti-économique* entre le pouvoir de disposer et celui d'exploiter. (Souligné par nous).⁸²

Le fondement du caractère temporaire des démembrements de la propriété et des droits de créance est à rechercher dans le caractère même de la propriété. Le propriétaire, de par les prérogatives qu'il possède, peut, pour un temps, renoncer à un groupe déterminé de services au profit de quelqu'un d'autre. Cependant ce serait porter atteinte à l'essence même de la propriété que de considérer que cette renonciation puisse durer à jamais. Le propriétaire n'aurait plus droit alors, en principe, à tous les services — présents et futurs — de la chose, mais bien à certains services.

Force nous est de constater que la propriété spatio-temporelle, malgré son appellation, pourrait trouver sa place, selon certains, parmi les démembrements de la propriété ou les droits de créance : le titulaire ayant droit, pour le futur, aux services temporaires de la chose.

1.2.2.2. Le droit temporaire aux services perpétuels de la chose

De Vareilles-Sommières affirme : «[o]n peut avoir temporairement droit aux services perpétuels de la chose»⁸³. Il ne s'agit donc pas ici de renoncer aux services futurs de la chose mais plutôt de bénéficier durant un temps donné de ses services. L'examen des exemples donnés par l'auteur au soutien de son affirmation permet d'en mieux mesurer la portée. Pour illustrer ses propos, le juriste mentionne le cas d'abandon et d'abolition législative de la propriété, ainsi que d'aliénation de la chose objet du droit de propriété. Dans tous ces cas, le droit perpétuel aux services de la chose a pris fin ; cependant le propriétaire, et lui seul, a eu droit, pour un temps donné, aux services perpétuels de la chose. En ce sens, l'affirmation de de Vareilles-Sommières est justifiable.

Reprenant la distinction établie par de Vareilles-Sommières entre la propriété *ad tempus* et la propriété temporaire, le professeur F. Frenette

82. *Supra*, note 32, p. 139-140, voir aussi : M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 26, p. 38.

83. *Supra*, note 12, p. 458.

pousse plus loin la réflexion sur la perpétuité de la propriété ⁸⁴. Son apport est lié à l'étude qu'il a faite des modalités de la propriété : ces modifications superficielles du droit de propriété. Il affirme que si la propriété ne peut être à terme, les modalités de la propriété, elles, peuvent l'être. Les modalités sur lesquelles il s'est penché sont la propriété superficielle, la propriété fiduciaire et la propriété en substitution.

Plusieurs auteurs éprouvent de la difficulté à concilier propriété superficielle et droit de propriété, le talon d'Achille étant l'éventuel caractère temporaire d'une telle propriété. On est bien prêt à reconnaître que durant le temps que dure cette propriété, le superficiaire bénéficie de toutes les prérogatives de la propriété, y compris l'*abusus* et la *vis attractiva* ⁸⁵; toutefois que la propriété superficielle puisse prendre fin un jour semble à plusieurs incompatible avec la notion de propriété ⁸⁶. C'est faire fi du caractère particulier de l'objet de cette propriété. La propriété superficielle étant : « [...] [la propriété] des immeubles par nature sis sur ou sous la face d'un héritage appartenant, quant à lui, à quelqu'un d'autre [...] » ⁸⁷, il y a donc existence de propriétés superposées. Cette propriété, de par la nature même de l'objet sur laquelle elle porte, s'éloigne de la conception classique de la propriété, elle en constitue une modalité. Cette modalité est susceptible de connaître un terme le jour où les qualités de tréfoncier et de superficiaire seront réunies dans la même personne. Advenant l'éventualité où une telle confusion se réalise, ce n'est pas la propriété qui est atteinte dans son essence ; c'est une modalité de la propriété, d'une nature temporaire, qui prend fin ⁸⁸.

84. Le professeur F. Frenette s'exprime ainsi :

Il existe en effet une grande différence entre la propriété *ad tempus* et le fait d'être temporairement propriétaire d'un bien. La propriété bornée à temps est contraire à l'essence de ce droit, alors que la détention temporaire du domaine est, l'homme étant mortel, dans l'ordre normal et naturel des choses.

Supra, note 12, p. 223.

85. Il est certain que dans les cas où il n'y a pas d'intervention pour empêcher le fonctionnement normal de l'accession (art. 408 C.C.B.C.) en faveur du tréfoncier, le superficiaire ne peut prétendre à la propriété superficielle.

86. Signalons à ce propos le rejet par plusieurs de la possible existence d'une propriété superficielle en faveur de l'emphytéote durant la durée de l'emphytéose : J.-G. CARDINAL, *Le droit de superficie*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1957, p. 112 et C. CHARRON, « Le bail emphytéotique », [1969] *C.P. du N.* 7, 36 ; pour une opinion contraire : F. FRETTE, *supra*, note 12, p. 198 à 207.

87. F. FRETTE, *id.*, p. 199.

88. Parlant précisément de la propriété superficielle de l'emphytéote le professeur F. Frenette s'est exprimé ainsi :

Il y a aussi lieu en l'espèce de ne pas confondre la durée définie d'une modalité du droit de propriété et la durée indéfinie du droit de propriété lui-même, la durée déterminée, voire prédéterminée de la propriété superficielle et la durée indéterminée de la propriété tout court. La propriété superficielle ne peut exister que le temps de la superposition de propriétés distinctes qui, normalement, sont réunies en un droit unique sur un héritage bâti

La propriété fiduciaire et la propriété en substitution, quant à elles, obligent leurs titulaires à transmettre respectivement au bénéficiaire et à l'appelé les biens détenus par eux. Peut-on conclure que cela va à l'encontre du caractère perpétuel de la propriété ? Non. La caractéristique de ces deux modalités de la propriété tient à la particularité du mode de transmission de la propriété⁸⁹. Au moment de leur constitution, ces deux modalités de la propriété possèdent un caractère temporaire ; elles ont en elles, dès lors, le germe de leur fin plus ou moins prochaine. Au risque de nous répéter, contrairement à ce qu'affirme la Cour suprême dans l'affaire *Royal Trust Company c. Tucker*⁹⁰, le fiduciaire n'est pas titulaire d'un droit de propriété temporaire mais plutôt d'une modalité temporaire de la propriété⁹¹.

Sans apporter des modifications profondes au droit de propriété, modifications de nature à en altérer les prérogatives, il semblerait possible de concevoir une propriété partagée dans le temps entre plusieurs personnes. Chacun des titulaires pouvant alors prétendre au droit perpétuel aux services discontinus mais cycliques de la chose.

* * *

Deux obstacles majeurs s'opposaient à la reconnaissance d'une propriété spatio-temporelle. D'une part, le titulaire d'une propriété spatio-temporelle se voyait en partie privé d'un attribut inhérent à la propriété à savoir la faculté de disposer matériellement (*abusus*) de la chose objet du droit

ou implanté. Le droit de propriété doit par ailleurs exister pour tout le temps où il aura un objet sur quoi porter.

Supra, note 12, p. 223.

89. F. FRENETTE, *supra*, note 50, p. 736. et A. WEILL, F. TERRE et P. SIMLER, *supra*, note 3, p. 136.

90. *Supra*, note 42, p. 272-273.

91. L'introduction du concept de modalité temporaire de la propriété constitue un apport important à la théorie du droit des biens. Souvent les auteurs, après avoir réaffirmé le principe de la perpétuité du droit de propriété, mentionnent rapidement l'existence d'exceptions à ce principe. Au nombre de ces propriétés temporaires figurent notamment la propriété superficière, la substitution et la propriété conditionnelle (AUBRY et RAU, *Droit civil français*. 7^e éd., par Paul ESMEIN, tome 2, Paris, Librairies Techniques, 1961, p. 246 ; A. COLIN et H. CAPITANT, *supra*, note 53, p. 141 ; L. JOSSEMERAND, *supra*, note 33, p. 783 ; D. LEFEBVRE, *supra*, note 53, n^{os} 50-54 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. Les biens*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1980, p. 54 à 56 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 11, p. 222-223 et A. WEILL, F. TERRE et P. SIMLER, *supra*, note 3, p. 136-137). On perçoit fréquemment dans la doctrine un agacement devant ces propriétés ambiguës qui manifestement ne sont pas des démembrements de la propriété, mais vont à l'encontre d'une caractéristique fondamentale de la propriété. De fait, ces cas problématiques sont des modalités de la propriété et si la propriété, par essence, est perpétuelle, les modalités, elles, peuvent être temporaires.

et, d'autre part, il ne pouvait prétendre au droit aux services perpétuels de la chose. Après analyse, l'un comme l'autre de ces obstacles n'apparaissent pas insurmontables.

La définition du droit de propriété proposée par le code et l'interprétation qu'en donne généralement la doctrine contribue à maintenir une image stéréotypée de cette notion. Pourtant, il n'est pas rare qu'après avoir proposé une définition du droit de propriété teintée de dogmatisme, un auteur tente par tous les moyens de concilier avec cette définition différentes modifications apportées au droit de propriété, n'hésitant pas à recourir à l'utile qualification de droit *sui generis*. Certains auteurs ont cependant contribué à modifier cette perception sclérosée du droit de propriété; de Vareilles-Sommières et S. Ginossar ont été parmi les porte-étendards de cette remise en question. Ce dernier notamment ne voit pas la nécessité pour le propriétaire de détenir sous sa puissance toutes les prérogatives du droit de propriété à une exception près, le caractère résiduaire de ce droit :

Si le droit de propriété peut n'être ni total, ni perpétuel, il sera toujours *résiduaire*, [...] il confère au propriétaire tous les avantages autres que ceux, partiels ou temporaires, reconnus ou concédés aux titulaires d'autres droits sur ou par rapport à la chose. [...]. En d'autres termes, la propriété n'est pas nécessairement le droit de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de procurer ; mais si le propriétaire ne peut toujours la retirer effectivement, il en conserve à tout moment l'expectative, la potentialité.⁹²

Aux côtés de la propriété idéale, propriété conférant à son titulaire l'ensemble des attributs et des caractères susceptibles d'exister sur une chose, il existe une propriété dont le titulaire voit son exercice limité. La preuve en a été faite, le propriétaire peut ne détenir qu'un *abusus restreint* (propriété en substitution, propriété inaliénable et propriété fiduciaire) ou n'avoir droit que temporairement aux services perpétuels de la chose (propriété superficielle, propriété en substitution et propriété fiduciaire). Ces propriétés sont en fait des modalités de la propriété et les propos de S. Ginossar leur sied particulièrement. L'*abusus* et la perpétuité sont l'un, un attribut, et l'autre, un caractère, que la propriété possède. Toutefois pour des raisons diverses, liées soit à la nature de l'objet du droit de propriété soit à des contingences marquant la transmission du droit, ils n'ont pas en matière de modalité, la même manière d'être que la propriété à l'état pur, simple et normal dans son exercice.

Les obstacles appréhendés pour la reconnaissance de la propriété spatio-temporelle étant levés, examinons quels aménagements devraient être apportés au droit de propriété pour y parvenir.

92. S. GINOSSAR, *supra*, note 14, p. 32. Vraisemblablement lorsque l'auteur signale que la propriété peut ne pas être perpétuelle, il songe à ces manières d'être particulières de la propriété que sont les modalités.

2. Les solutions envisagées pour une reconnaissance de la propriété spatio-temporelle

La reconnaissance de la propriété spatio-temporelle passe inévitablement par la transmission de droits réels.

La distinction des droits réels et des droits personnels est fondamentale. La relation qu'entretient une personne par rapport à une chose diffère en intensité selon l'appartenance du droit à l'une ou l'autre de ces catégories. Le droit réel établit un contact direct entre une personne et une chose (*jus in rem*), alors que le droit personnel subordonne ce contact à l'intervention d'une autre personne (*jus ad rem*). Dans le premier cas, l'objet du droit est un bien déterminé sous la puissance directe de son titulaire ; dans le second cas, l'objet du droit est une prestation due par le débiteur au créancier. La propriété spatio-temporelle, à l'instar de la propriété, de ses modalités et de ses démembrements, ne peut appartenir qu'à la première catégorie.

Pourtant, en France, ce que l'on désigne sous les appellations de propriété spatio-temporelle ou de multipropriété n'a rien du droit réel. Insatisfaits des solutions offertes par le droit des biens, les praticiens français se sont bien vite tournés vers le droit des sociétés. Une importante conséquence découle de ce choix. La société est seule propriétaire des biens, les associés ne détenant qu'une part sociale. Ils ne peuvent donc pas prétendre à un droit réel mais à un droit personnel. Il fallait cependant, pour que le but recherché soit atteint, que chacun des associés puisse, à tour de rôle, jouir exclusivement des biens de la société. La solution trouvée fut d'attacher à chacune des parts sociales un droit de jouissance à éclipses sur un bien donné appartenant à la société. Plusieurs ont été fort critiques quant à la formule proposée en droit français et Me P. Biasca a pu conclure : « [...] *il n'existe pas, à l'heure actuelle, de véritable propriété spatio-temporelle* mais, en réalité une *jouissance plurale et successive par des associés de parties équipées d'immeubles sociaux*⁹³.

La filière de la société — et de la corporation — étant abandonnée, reste à examiner les solutions offertes par le droit des biens. Cette deuxième partie de notre étude porte justement sur chacune des hypothèses envisageables. Dans l'optique de la reconnaissance de la propriété spatio-temporelle, nous avons identifié deux groupes de solutions constituant chacun un chapitre distinct. Le premier examine l'hypothèse d'aménagements particuliers dont peut être l'objet de la propriété et le second l'hypothèse de l'introduction d'une nouvelle modalité de la propriété.

93. *Supra*, note 4, p. 540.

2.1. Le partage de l'usage de la propriété

Le présent chapitre expose deux façons de partager l'usage de la propriété pour parvenir à la création de la propriété spatio-temporelle : l'usufruit et l'indivision.

2.1.1. L'usufruit

De tous les droits réels, l'usufruit est vite apparu être un moyen de donner une dimension temporelle de la propriété. L'intérêt suscité par l'usufruit comme solution de reconnaissance d'une propriété spatio-temporelle est d'autant plus important qu'au Québec il a déjà été utilisé. Notre étude divisée en deux parties traite d'abord de la nature juridique de l'usufruit et ensuite de son incapacité à permettre l'édification de la propriété spatio-temporelle.

2.1.1.1. Sa nature juridique

L'usufruit transmet un droit réel (*jus in re*) à son titulaire. Ce droit n'est cependant pas assimilable à la propriété, l'usufruitier ne pouvant prétendre à l'entier des attributs reconnus au droit de propriété. Cela ressort du libellé de l'article 443 du *Code civil*, article définissant l'usufruit : « L'usufruit est le droit de jouir d'une chose dont un autre a la propriété, comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance ». Des quatre pouvoirs reconnus au propriétaire, l'usufruitier détient l'*usus* et le *fructus*, laissant l'*abusus* et la *vis attractiva* entre les mains du propriétaire.

Les droits accordés à l'usufruitier sont étendus. Il peut faire de la chose sur laquelle porte son droit un usage identique à celui qu'en ferait un propriétaire⁹⁴ ; il doit toutefois en respecter la destination. Il peut aussi prétendre aux fruits produits par la chose⁹⁵. Indéniablement, l'usufruitier détient les attributs les plus apparents du droit de propriété. Pour sa part, le nu-propriétaire conserve la faculté de disposer juridiquement de l'objet de son droit. Il peut aussi le céder⁹⁶ ou accorder à un tiers des droits réels sur celui-ci ; sous réserve cependant, dans les deux cas, du respect des droits de l'usufruitier. Sa capacité de disposer matériellement de la chose, ou même de la transformer, est paralysée dans la mesure où les droits de l'usufruitier s'en trouveraient amoindris sinon annihilés. Lui seul toutefois possède la faculté

94. M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 26, p. 51.

95. Art. 447 C.C.B.C.

96. Art. 483 C.C.B.C.

de reconstituer le faisceau des attributs de la propriété une fois celui-ci fractionné.

L'usufruitier et le nu-propiétaire partagent simultanément l'exercice de droits complémentaires sur l'objet de leur droit. Cette scission des prérogatives amène une conclusion : il y a démembrement de la propriété.

2.1.1.2. Son incapacité à permettre l'édification d'une propriété spatio-temporelle

Depuis un certain temps, l'usufruit a beaucoup perdu d'attrait. Victime d'une doctrine peu favorable au partage des attributs du droit de propriété⁹⁷, il fut souvent décrit comme nuisant à la bonne gestion des biens. Malgré ces appréhensions, les praticiens découvrirent en l'usufruit un créneau pour un fractionnement temporel de la propriété. Plusieurs raisons militaient en faveur de ce choix. L'hypothèse de créer un droit réel nouveau s'est probablement révélé une tâche trop hasardeuse pour être retenue. En outre, des droits réels existants, de loin, il était celui qui convenait le mieux. Ainsi, Me J. Benne a vu dans l'usufruit un avantage marqué sur des solutions plus problématiques, telles la propriété et l'indivision :

[...] l'usufruit n'ayant pas le caractère exclusif du droit de propriété, peut être divisé et sur un même local, rien ne s'oppose à ce que soient constitués plusieurs usufruits au profit de personnes différentes. Il n'en découlerait aucune situation d'indivision puisque chaque usufruitier aurait un droit portant sur une période différente de l'année.⁹⁸

En plus de ces avantages comparatifs, l'usufruit, intrinsèquement, possède des qualités particulières. D'abord, étant un droit réel nommé, il offre une structure de base déjà décrite au code. Ensuite, sa maléabilité laisse une grande liberté pour la description des droits conférés à son titulaire.

Pour ces raisons, on comprend que l'on se soit servi de l'usufruit pour aménager, au Québec, plus précisément au Mont Ste-Anne, le partage temporel de la propriété. Le fonctionnement de ce projet sera sommairement résumé⁹⁹. Le promoteur, la compagnie Club Mont Ste-Anne Inc., a enregistré une déclaration de copropriété sur un immeuble détenu par contrat d'emphytéose¹⁰⁰. Il a, par la suite, fractionné le temps d'usage de chacune des

97. P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 15, p. 531.

98. *Supra*, note 2, p. 800.

99. La description qui suit a été élaborée à partir d'un contrat type qui nous a été fourni par un usufruitier.

100. M. GOULET (« Copropriété née d'emphytéose », (1972) 32 *R. du B.* 491) a prétendu que la copropriété était incompatible avec l'emphytéose, notamment parce que l'emphytéote ne peut disposer de la chose de la manière la plus absolue et aussi du fait du caractère

copropriétés divisées en périodes d'une semaine et constitué un usufruit sur chacune de ces fractions. Le système élaboré a été désigné par le promoteur de formule de temps partagé. L'acquéreur d'une fraction a, sur le chalet et l'ameublement s'y trouvant, un droit de jouissance identique au propriétaire, en outre il peut céder son droit, le louer ou le grever d'hypothèque. L'usufruit a une durée prévue de cinquante ans.

Aussi attrayante que puisse apparaître cette solution, respecte-t-elle les prescriptions du droit des biens ? Rien ne s'oppose à ce que le temps d'usage d'un bien soit fractionné en de multiples périodes de jouissances réparties entre plusieurs personnes. L'article instituant l'usufruit¹⁰¹, de portée très large, ne peut certes pas être vu comme un empêchement. Le propriétaire jouit de fait d'une grande liberté dans l'établissement de l'usufruit ; la seule balise, qui constitue une limite à ses agissements, étant l'ordre public¹⁰².

La durée de l'usufruit n'est pas sans éveiller quelques craintes. Viager, l'usufruit prend nécessairement fin au décès du titulaire nonobstant une durée supérieure inscrite à l'acte constitutif ; non viager, il est susceptible de survivre à son titulaire. En France, l'usufruit est justement considéré viager¹⁰³ ; il prend fin au plus court des deux délais suivants : le décès de l'usufruitier ou l'expiration du temps pour lequel il a été accordé. Malgré toutes les qualités reconnues par la doctrine à l'usufruit, l'impossibilité de le voir se prolonger après le décès de l'usufruitier a amené le rejet de l'usufruit comme solution acceptable pour l'introduction d'une propriété spatio-temporelle¹⁰⁴. Au Québec, ce talon d'Achille n'existe pas. La formulation de l'article où sont énumérés les motifs d'extinction de l'usufruit n'est pas identique dans les codes français et québécois. Alors que dans le premier cas, il est mentionné que l'usufruit prend fin : « [p]ar la mort naturelle et par la mort civile de l'usufruitier »¹⁰⁵, dans le second cas on énonce que « [l]'usufruit

temporaire d'une telle formule. Pourtant, rien en droit ne s'y oppose, ainsi que l'a signalé le professeur R. Comtois (« Le droit de copropriété des immeubles en droit québécois », dans : *Répertoire de droit. Biens*, doctrine, document 2, p. 17).

101. Art. 443 C.C.B.C.

102. Art. 13 C.C.B.C.

103. Art. 617 C.C. français. Même si l'usufruit peut être constitué pour une durée déterminée, il ne peut survivre à son titulaire ainsi que l'a fait remarquer J. Carbonnier : « Les parties peuvent constituer l'usufruit non pas pour la vie de l'usufruitier, mais pour une durée fixe (a. 617, al 3). Ce terme extinctif mettra fin à l'usufruit s'il échoit avant la mort de l'usufruit ; mais il ne saurait avoir pour effet de prolonger l'usufruit au-delà de la mort, si celle-ci vient à se produire avant l'échéance. L'usufruit est toujours viager en ce sens qu'il n'est jamais transmissible aux héritiers (à la différence du droit de propriété) » (*supra*, note 32, p. 142).

104. J. BENNE, *supra*, note 2, p. 800.

105. Art. 617 (2) C.C. français.

s'éteint par la mort naturelle de l'usufruitier, s'il est viager »¹⁰⁶. Il se dégage de la différence de rédaction des deux textes que la formulation du code français est impérative et la formulation du code québécois supplétive. Si donc, au Québec, un usufruit est établi à terme et que l'usufruitier décède avant l'arrivée de ce terme, il ne prend pas fin pour autant, mais passe à l'héritier ou au successeur¹⁰⁷. L'usufruit du droit québécois n'est pas marqué de la précarité de l'usufruit de droit français. On s'explique aisément qu'il ait été rapidement perçu comme une formule acceptable.

Le fractionnement du temps d'usage d'un bien et le recours à l'usufruit comme véhicule des prérogatives transmises n'amènent pas la constitution d'une propriété spatio-temporelle. Un élément essentiel à l'existence de la propriété manque : la perpétuité. La propriété ne peut être à terme, alors que l'usufruit n'a pas seulement la faculté de l'être, mais doit nécessairement l'être. De ce que le code précise que l'usufruit prend fin à l'expiration du temps pour lequel il a été accordé, on ne peut certes pas en conclure qu'il est possible d'en étendre la durée à l'infini. Le propriétaire peut être privé de presque toutes les prérogatives inhérentes à son droit, toutefois aussi étendu que soit ce dépouillement, il est temporaire ainsi que l'affirme la professeure M. Cantin Cumyn :

On ne saurait [...] envisager que l'usufruit puisse avoir une durée perpétuelle à cause de l'étendue du démembrement qu'il apporte au droit de propriété. Un usufruit perpétuel entraînerait une négation du droit du nu-propriétaire dont l'attrait principal consiste à prévoir [sic] éventuellement récupérer la totalité du droit de propriété.¹⁰⁸

Penser que l'usufruit puisse être perpétuel serait une négation de l'attribut essentiel de la propriété que constitue la *vis attractiva* juridique. *Seul le droit de propriété est résiduaire et perpétuel*, ses démembrements, dès leur constitution sont condamnés, tôt ou tard, à s'éteindre, les attributs allant rejoindre le faisceau des prérogatives du propriétaire.

Bien que l'usufruit ne puisse conduire à la création d'une propriété spatio-temporelle, il est fort plausible que le fractionnement du temps d'usage d'un bien et la constitution d'usufruits sur chacune de ces fractions satisfassent nombre d'individus. Ils devront cependant être conscients des problèmes susceptibles de résulter d'une telle formule, notamment la difficulté de financer l'achat et surtout la perte de valeur de l'usufruit à mesure qu'approche l'échéance.

106. Art. 479 (1) C.C.B.C..

107. P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 15, p. 626 et M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 26, p. 38.

108. *Id.*, p. 37-38.

2.1.2. L'indivision

L'indivision est une propriété¹⁰⁹ à plusieurs sujets pour un même objet. La chose, objet du droit, n'est pas fractionnée pour autant ; elle demeure, pleine et entière, entre les mains de tous les sujets. L'objet du droit ne traduit donc pas cette particularité de la propriété. Chacun des copropriétaires a un droit sur l'ensemble de la chose¹¹⁰ ; seul le droit de propriété est scindé¹¹¹.

Indéniablement, il y a là éloignement par rapport à la notion de propriété. Le caractère d'exclusivité, attaché à la propriété, porte ici sur le droit et non sur l'objet. De cela, il découle que la marge de manœuvre des copropriétaires est limitée. Ils peuvent évidemment se départir de leur quote-part. Cependant ils ne peuvent prétendre exercer l'entier des attributs inhérents au droit de propriété. Un indivisaire ne pourrait, sans un accord unanime des autres indivisaires, poser des actes matériels ou juridiques de disposition, au risque de compromettre, par ricochet, les droits des autres indivisaires¹¹². Force nous est de conclure que la situation d'indivision amène des restrictions aux pouvoirs des propriétaires.

2.1.2.1. Sa nature juridique

Depuis longtemps la doctrine s'interroge sur la nature juridique de l'indivision. Dans un article récent, portant précisément sur l'indivision, Me Marie Deschamps¹¹³ est justement revenue sur cette question. Elle met le focus sur les droits de l'indivisaire sur la quote-part. Toutes les hypothèses

109. Les propos qui suivent portent exclusivement sur la propriété indivise. Toutefois tous les droits réels et les droits personnels, peuvent être détenus par une pluralité de sujets, comme le fait remarquer le professeur C. Atias : « L'indivision est une technique très générale : elle peut affecter tous les droits, réels ou personnels. L'usufruit, la créance peuvent être indivis, comme la propriété » (*supra*, note 12, p. 138). Ainsi pourrait-on désigner les détenteurs de tels droits de co-emphytéotes, co-usufruitiers, de colocataires, etc.

110. Ainsi G. Cornu affirme : « Dans toute copropriété, *chaque copropriétaire a un droit sur le tout*, non sur une partie du tout. Matériellement, le droit de chaque copropriétaire porte sur l'ensemble de la chose commune » (*supra*, note 3, p. 432).

111. Ainsi M. Planiol et G. Ripert affirment : « La part de chacun n'est [...] pas une part matérielle, mais *une quote-part* s'exprimant par un chiffre. C'est le droit de propriété qui est partagé entre eux ; la chose est *indivise* ». (*supra*, note 11, p. 280). D'autres estiment que la quote-part correspond au partage de la chose et non du droit de propriété : « *Chaque copropriétaire a un droit individuel de propriété portant sur une quote-part idéale, abstraite, de la chose commune ; mais il n'a pas de droit privatif sur une part divise, concrète de la chose* » (H. L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 53, p. 29, voir aussi G. CORNU, *id.*, p. 433-434).

112. H. L. et J. MAZEAUD, *id.*, p. 30.

113. « Vers une approche renouvelée de l'indivision », (1983-84) 29 *McGill L. J.* 215, 220.

sont ouvertes : droit réel, droit de propriété, modalité ou démembrement de la propriété et finalement droit de propriété *sui generis*. Rapidement le droit de propriété indivise est qualifié de droit réel portant sur un objet abstrait ¹¹⁴. Les caractères inhérents au droit de propriété (exclusivité, absolutisme et perpétuité) n'étant pas pleinement respectés, l'auteure ne semble pas vouloir assimiler l'indivision à la propriété. Elle examine alors l'hypothèse d'un démembrement de la propriété ¹¹⁵, mais écarte tour à tour les rapprochements avec la servitude, le droit de superficie et l'usufruit ¹¹⁶. De cette voie sans issue, l'auteure parvient à sortir. Elle reconnaît dans l'indivision un véritable droit de propriété, absolu, exclusif mais temporaire ¹¹⁷ : « Si on fait [précise-t-elle] une distinction claire entre la quote-part indivise et le droit indéterminé sur la chose matérielle, on doit conclure qu'il s'agit d'un véritable droit de propriété ayant des caractéristiques propres » ¹¹⁸. Comment s'opposer à une telle conclusion ? Il est certain que l'indivisaire jouit de toutes les prérogatives de la propriété sur sa quote-part ¹¹⁹, puisque cette quotité correspond exactement à la mesure de son droit. Là n'est pas le problème.

Les droits, dont la nature juridique est discutable, sont ceux que possède l'indivisaire sur la chose. Cependant, l'auteure pouvait difficilement poser le problème en ces termes puisque, au départ, elle nie aux indivisaires, à titre individuel, un droit de propriété sur la chose ¹²⁰. Elle n'en conclut pas moins que la propriété indivise devrait se retrouver aux côtés de la propriété superficière et de la propriété conditionnelle, si tant est, mentionne-t-elle,

114. *Id.*, p. 222.

115. Sur le rejet du démembrement comme qualification possible, voir : G. CORNU, *supra*, note 3, p. 432-433.

116. En ce qui regarde le droit de superficie et l'usufruit, l'auteure mentionne l'existence d'un partage de droits entre le détenteur de ces droits réels et un autre titulaire. Elle estime qu'il y a partage dans l'espace pour le premier cas et dans le temps pour le second. Il aurait été plus juste de dire qu'il y avait pour l'usufruit partage des attributs et pour la propriété superficière scission de l'objet.

117. Pour nous, la troisième caractéristique, la perpétuité, est également respectée ; nous y reviendrons (*infra*, notes 135-136 et le texte correspondant).

118. *Supra*, note 113, p. 223-224.

119. Depuis longtemps, il est reconnu que l'indivisaire peut disposer de sa quote-part, voir : Aubry et Rau où il est mentionné : « Chaque copropriétaire jouit, en ce qui concerne sa quote-part idéale, des droits inhérents à la propriété, qui sont compatibles avec la nature purement intellectuelle de cette quote-part ; et il peut les exercer sans le consentement de ses consorts. » Ils ajoutent que les indivisaires ont la faculté d'aliéner leur quote-part et de l'hypothéquer (*supra*, note 91, p. 528-529).

120. « [...] chacun des indivisaires possède des droits sur une fraction du bien, sans que cette quote-part ne soit cristallisée sur une portion concrète de la chose. Leur droit est abstrait, incorporel. Ce n'est que l'ensemble des indivisaires qui possède un droit sur l'objet matériel. » (*supra*, note 113, p. 221).

qu'une catégorie juridique existante englobe ces différentes propriétés. Nous partageons cette conclusion, pour nous cependant elle ne s'applique pas à la propriété de la quote-part, mais à la propriété de la chose !

Me Deschamps ne qualifie pas avec plus de précision la propriété indivise¹²¹. Elle considère nécessaire de renouveler et redéfinir la notion de propriété pour convenir à l'indivision. Un tel exercice apparaît inutile. La modalité constitue déjà le réceptacle idéal pour une propriété qui adopte un aspect particulier, sans pour autant conduire à l'éclatement du faisceau de ses attributs¹²². D'ailleurs, il semble y avoir un certain consensus, à cet égard, dans la doctrine. L'indivision, depuis longtemps, est perçue comme une variante de la propriété et plusieurs auteurs s'entendent pour la qualifier de modalité. Le professeur C. Atias résume une opinion répandue lorsqu'il déclare :

[...], l'indivision est une modalité communautaire de la propriété individuelle. *Communautaire*, elle met le bien indivis en commun et réclame une certaine qualité d'entente entre les propriétaires indivis. Pourtant, elle demeure une *modalité* de la propriété individuelle : chacun est propriétaire et pleinement propriétaire. [...]. La propriété demeure intacte avec tous ses attributs et tous ses caractères. Ce qui change seulement, c'est le nombre de sujets du droit : au lieu d'une personne en relation directe avec la chose, il y en a plusieurs, plusieurs indivisaires ou propriétaires indivis.¹²³

Il est évident que la notion de propriété ne jouit pas en droit civil d'une capacité d'adaptation aussi grande que la notion de *property* en common

121. Sans qu'elle ne le mentionne, on peut croire qu'elle considère l'indivision comme une propriété *sui generis*. D'autres auteurs sont parvenus à une telle conclusion, voir : H. CAPITANT, « L'indivision héréditaire » (1924) 44 *Rev. crit. lég. et jur.* 19, 100 et G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 91, p. 74.

122. Le professeur C. Atias suggère une excellente définition de ce que constitue la modalité d'un droit : « *forme particulière, accidentelle, c'est-à-dire non nécessaire, non essentielle, d'un droit qui, par hypothèse, peut en présenter plusieurs sans se dénaturer*. La propriété est le genre dont la propriété indivise est une espèce » (Souligné par nous) (*supra*, note 12, p. 137). Sur les notions de modalité et de démembrement, voir aussi : *infra*, notes 237-238 et le texte correspondant.

123. *Id.*, note 12, p. 136-137. Voir aussi : J. CARBONNIER, *supra*, note 32, p. 125 à 128 ; J.-G. CARDINAL, *supra*, note 53, p. 332-333 et F. FRENETTE, *supra*, note 50, p. 736. L'indivision est une communauté de voisinage ou la proximité atteint un sommet. Elle est l'antithèse de la propriété foncière, de grande étendue, détenue par une seule personne, en milieu rural. Les relations de voisinage s'en trouvent grandement affectées. Alors que, dans le second cas, le propriétaire jouit d'une grande liberté de mouvement et n'est pour ainsi dire pas brimé dans ses agissements, il en va tout autrement de la propriété indivise. Le voisinage est alors à ce point étroit que le propriétaire, même s'il détient toutes les prérogatives de la propriété, doit les exercer en tenant compte des droits concurrents des autres indivisaires.

law¹²⁴. Toutefois, elle n'est pas empreinte d'une rigidité qui lui empêche de subir toutes modifications. En elle-même, elle possède en germe toutes les modifications dont elle est susceptible. L'indivision est justement une manifestation de la souplesse de la propriété qui, malgré la modification subie, reste intacte dans son essence. Seule, pourrait-on dire, sa physionomie traditionnelle varie. Étant une modalité de la propriété, l'indivision transmet à ses titulaires des droits réels. Il est donc possible de chercher dans la maléabilité de la notion d'indivision une solution à la propriété spatio-temporelle. On nous opposera toutefois la précarité qui lui est inhérente. En effet, l'expectative d'une demande en partage, constamment en filigrane, constitue pour plusieurs une faiblesse insurmontable.

2.1.2.2. Sa précarité

Dans l'esprit de la plupart des juristes, l'indivision est un état subi, et partant, marqué d'une grande précarité. L. Josserand, résume certainement une opinion partagée par plusieurs lorsqu'il affirme :

En règle générale, l'indivision est considérée comme un état provisoire, temporaire, comme une situation juridique anormale qui doit cesser le plus tôt possible, étant mauvaise juridiquement et économiquement.¹²⁵

Au Québec, les auteurs manifestent la même appréhension. L. Faribault accuse l'indivision de susciter querelles et discordes, d'anéantir l'initiative privée des indivisaires, d'entraver la libre circulation des biens et finalement d'être contraire à l'ordre public¹²⁶. Comment résister à une telle critique ? Véritable carcan, l'indivision appelle une réaction bien normale, la recherche de liberté. Le code répond à ce besoin en prévoyant la possibilité de sortir de cet état ; l'article pertinent est ainsi libellé :

Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ; le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibition et convention contraires.¹²⁷

On s'attendrait normalement à ce que la portée de cet article soit limitée au titre où il est situé, soit à celui des successions. Tel n'est pas le cas. Une doctrine quasi unanime a élevé au rang de règle fondamentale, d'application

124. R. DAVID, *Le droit anglais*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 1975, p. 99 à 114.

125. *Supra*, note 33, p. 927. Voir aussi : H. L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 53, p. 31.

126. *Traité de droit civil du Québec*, tome 4, Montréal, Wilson et Lafleur, 1954, p. 385-386. Voir aussi : P.-B. MIGNAULT, *Le droit civil canadien*, tome 3, Montréal, C. Théoret, 1897, p. 483 et F. LANGELIER, *Cours de droit civil de la province de Québec*, tome 2, Montréal, Wilson et Lafleur, 1906, p. 446-447.

127. Art. 689 C.C.B.C.

générale, le premier paragraphe de l'article ¹²⁸. Personne, contre sa volonté, n'est tenu à l'indivision; l'action en partage lui permet d'en sortir. Règle d'ordre public, elle vaut aussi longtemps que dure l'indivision; l'action en partage est d'ailleurs considérée imprescriptible ¹²⁹. Il n'en fallait guère plus pour considérer l'indivision comme un phénomène essentiellement temporaire.

Cette précarité de l'indivision fut souvent mise en opposition avec la stabilité de la société. E. Thaller a ainsi pu écrire :

La société est un *état recherché*, à raison de sa supériorité productive. L'indivision ordinaire est un *état subi*, tenant au concours accidentel de plusieurs sur une même chose; où les pouvoirs de l'un sont refoulés par ceux des autres communistes; où l'on se maintient par l'inertie, parce que l'on n'a pas la force de volonté ou le moyen légal d'en sortir. La loi voit la société avec faveur, l'indivision avec prévention et défiance. ¹³⁰

Aussi convaincue que soit la doctrine de la véracité de ses prétentions, en mettant en exergue l'instabilité de l'indivision, elle résiste mal à la critique à laquelle F. Delhay l'a soumise ¹³¹. À l'encontre des idées reçues, l'indivision n'aurait rien à envier à la société, elle bénéficierait même d'une stabilité comparable à celle-ci !

La propriété indivise jouit du caractère perpétuel reconnu à la propriété, elle ne peut être considérée temporaire par essence. L'opinion contraire repose sur une lecture incomplète de l'article 689 du *Code civil*. Cet article n'est, en fait, que le négatif d'un positif dont on a depuis longtemps oublié l'existence. Le ton impératif employé — Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision — laisse pourtant entendre que le législateur édictait là une exception à un principe. Demolombe mentionne que

128. Parmi les auteurs français citons : AUBRY et RAU, *supra*, note 91, p. 533 à 536 ; H. L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 53, p. 31 ; A. WEILL, F. TERRE et P. SIMLER, *supra*, note 3, p. 485-486 et parmi les auteurs québécois : L. FARIBAUT, *supra*, note 126, p. 386 ; F. LANGELIER, *supra*, note 126, p. 448 ; P. MARTINEAU, *Les biens*, 5^e éd. Montréal, Les éditions Thémis Inc., 1979, p. 32 et P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 126, p. 486.

Il aurait été plus opportun de placer cet article au livre *Des biens, de la propriété et de ses différentes modifications*. Le *Code civil du Québec*, présentement à l'étude, corrigerait ce manque de cohérence (*Projet de loi 20. Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*. 32^e Législature, 5^e session, art. 1087 (Adopté en première lecture le 20 décembre 1984 ; mort au feuillet)).

129. A. WEILL, F. TERRE et P. SIMLER, *id.*, p. 486 et P.-B. MIGNAULT, *id.*, p. 484-485.

130. *Traité élémentaire de droit commercial*, 8^e éd., revue et mise à jour par J. PERCELOU, Paris, Rousseau et Cie, 1931, p. 187.

131. *La nature juridique de l'indivision. Contribution à l'étude des rapports de la notion d'indivision avec les notions de société civile et de personnalité morale*, Paris, L.G.D.J., 1968. xii, 519p.

l'indivision n'est pas prohibée par le législateur ; elle peut durer aussi longtemps que les copropriétaires le désirent. Toutefois il est expressément défendu de maintenir l'indivision à l'encontre de la volonté des propriétaires¹³². L'indivisaire dispose d'une faculté, il n'a pas l'obligation d'agir. F. Delhay conclut ainsi son analyse de l'article 815 de *Code civil* français, article équivalent à notre article 689 :

Ce n'est pas l'indivision perpétuelle qu'interdit l'article 815, mais le maintien forcé et à perpétuité dans l'indivision. C'est pourquoi les indivisaires peuvent maintenir la situation indivise aussi longtemps qu'ils le désirent. C'est pourquoi aussi, l'action en partage est imprescriptible.¹³³

Guère plus que la société, l'indivision ne peut être qualifiée d'état précaire. Même qu'à bien y regarder, les occasions de mettre fin à la société sont beaucoup plus nombreuses. L'article 1892 du *Code civil* énumère huit possibilités différentes de dissolution d'une société, parmi lesquelles figurent : l'expiration du terme¹³⁴, la mort, l'interdiction ou la faillite de l'un des associés. En revanche, seuls la perte de la chose et le partage sont susceptibles de mettre fin à l'indivision.

Si donc les propriétaires n'expriment pas la volonté de sortir de l'indivision, elle a, tout autant que la société, sinon davantage, vocation à la perpétuité. Une telle conclusion ne fait sûrement pas l'unanimité, certains soutenant que cette propriété est temporaire¹³⁵. Leur conclusion repose sur une interprétation de l'article 689 du *Code civil* (815 du *Code civil* français) opposée à la nôtre.

Nous convenons cependant que de qualifier la propriété indivise de propriété perpétuelle peut apparaître excessif. Ce serait là probablement faire abus de langage. Il ne faut point perdre de vue, ainsi que cela a été démontré, que la propriété indivise est une modalité de la propriété. À l'instar des autres modalités, elle est susceptible de prendre fin un jour. Toutefois, contrairement à certaines modalités dont le terme est fixé dès leur création¹³⁶, elle peut

132. *Cours de Code Napoléon*, tome 15, Paris, A. Durand et L. Hachette, 1867, p. 429, au même effet, voir : A. WEILL, F. TERRE et P. SIMLER, *supra*, note 3, p. 486.

133. *Supra*, note 131, p. 197. Ailleurs il affirme : « Ce que le législateur semble redouter, c'est l'indivision forcée, et non l'indivision perpétuelle » (p. 194).

134. Au cas où la société n'a pas une durée déterminée, elle ne peut être dissoute pour ce motif.

135. M. DESCHAMPS, *supra*, note 113, p. 224 ; L. JOSSELAND, *supra*, note 33, p. 927. Le dernier auteur va même jusqu'à laisser entendre que les indivisaires ont l'obligation d'agir : « il dépend de chacun des copropriétaires de faire cesser l'indivision en demandant, à un moment quelconque, le partage qui substituera à la propriété indivise une propriété unitaire ».

136. C'est le cas de la propriété fiduciaire, de la propriété en substitution et de la propriété superficiaire de l'emphytéote.

prétendre à la perpétuité, quoiqu'à tout instant elle puisse prendre fin. *A priori*, la propriété indivise est perpétuelle ; *a posteriori* on peut constater, un partage ayant eu lieu, qu'elle n'a duré qu'un temps. Parler de modalité temporaire n'est guère plus heureux. Il apparaît que la propriété indivise est une modalité qui a vocation à la perpétuité ; laissant entendre par là qu'elle peut connaître un terme. En cela elle s'apparente à la propriété superficière, perpétuelle elle aussi, mais susceptible de prendre fin lors de l'éventuelle réunion du tréfonds et de la superficie.

2.1.2.3. Les moyens d'éviter le partage

L'article 689 du *Code civil*, selon une doctrine et une jurisprudence majoritaires, s'appliquerait, sans nuance, à toute forme d'indivision, quelle qu'en soit l'origine. Une telle position doit être rejetée. L'application de cet article est fonction du type d'indivision envisagée. Outre l'indivision forcée¹³⁷, il existe deux autres formes d'indivision : l'héritaire et la conventionnelle. Alors que, dans la première hypothèse, l'indivision est imposée aux parties, dans la seconde, elle émane d'un choix de leur part. Il apparaît injuste de traiter les deux cas sans distinction.

2.1.2.3.1. Le partage subordonné à la finalité recherchée

Le juriste F. Laurent a soutenu, qu'étant donné la différence fondamentale qui existe entre les indivisions volontaires et les involontaires, l'article 815 du *Code civil* français (notre article 689) ne devrait s'appliquer que dans le second cas :

Nous croyons qu'il faut poser en principe que l'article 815 ne concerne que les cas où l'indivision résulte d'une communauté de fait, sans concours de consentement entre les copropriétaires, sans but commun ; telle est l'hérédité, de quelque nature qu'elle soit, *ab intestat*, testamentaire ou contractuelle. Ce n'est pas par leur volonté que les héritiers sont devenus copropriétaires, ils n'ont aucun intérêt à maintenir cette indivision de hasard, précisément parce qu'elle est accidentelle ; leur intérêt est, au contraire, qu'elle prenne fin le plus tôt possible. Il en est tout autrement quand la communauté est volontaire, et qu'elle est stipulée pour atteindre une fin commune.¹³⁸

La thèse de l'auteur, exagérée sans doute, est tout de même le reflet d'un courant jurisprudentiel. L'un des arrêts les plus remarquables à cet égard a été rendu au début du siècle. En 1820, l'Administration française mit en vente les

137. Sur l'indivision forcée, voir : L. FARIBAULT, *supra*, note 126, p. 388.

138. *Principes de droit civil français*, 3^e éd., tome 10, Bruxelles/Paris, Bruylant-Christophe & Co/Librairie A. Marescq, 1878, p. 264-265.

lais et relais de la plage de Gruissan. Des habitants, désireux d'en conserver l'accès public, les acquérirent. Ils s'engagèrent alors à s'abstenir de recourir au partage jusqu'à la rétrocession de leur acquisition à la commune. En 1914, quelques indivisaires réclamèrent le partage. Le Tribunal de Narbonne¹³⁹ refusa de faire droit à la demande, fondée sur l'article 815 du *Code civil* français (notre article 689), au motif que le dit article, situé au titre des successions et non à celui des contrats et obligations, ne s'appliquerait qu'aux indivisions involontaires. De surcroît, le tribunal estima rationnel de subordonner le partage à la réalisation de la finalité recherchée par les indivisaires¹⁴⁰. Le groupement, constitué par les habitants de la commune au fin de l'achat des terres, reçut l'appellation de société d'indivision¹⁴¹.

Pour que soit reconnue l'existence d'une telle société, il suffirait, d'après la jurisprudence, que des biens, achetés en indivision, soient *affectés à une fin déterminée*¹⁴². Indéniablement la société d'indivision répond pleinement à notre attente en accordant à la propriété spatio-temporelle toute la stabilité recherchée¹⁴³. Reste à déterminer si cette institution jouit d'une reconnaissance suffisante.

139. *Aubrun v. Divers*, Tribunal civil de Narbonne, 29 avril 1913, *D.* 1914.1.155, le jugement fut confirmé en appel : Cour d'appel de Montpellier, 30 mars 1914 ; Cour de Cassation, chambre civile, 5 juillet 1922, *D.* 1923.1.113 (note de H. CAPITANT) et *S.* 1924.1.353 (note de H. SOLUS).

140. Il est indéniable que les indivisaires poursuivaient une finalité commune : conserver l'accès du public aux terres acquises.

Voir au même effet, les affaires suivantes : *Rehm v. Koeser*, Cour impériale de Colmar, 20 mars 1813, *S.* 1812-14.2.280 (Achat d'une maison par quatre-vingt-dix-huit individus pour servir de logement à un pasteur ; la Cour refuse d'accorder le partage au motif que les indivisaires : « [...] n'ont pas, conjointement avec le vendeur lui-même, voulu acquérir la maison en question pour en jouir en commun ; qu'ils se sont interdit au contraire toute jouissance en la destinant à l'usage du pasteur protestant ; [...] ») ; *Lucy v. Croix*, Cour impériale de Caen, 13 août 1856, *S.* 1857.2.140, 141 (Chapelle appartenant à plusieurs indivisaires ; encore ici, il y a refus de donner droit au partage car : « ce serait enlever à cette chapelle la destination convenue, [...] ») ; *Commune de Chaumousey v. Communes de Sanchev et Renauvold*, Tribunal civil d'Épinal, 17 mai 1934, *Gaz. Pal.* 1934.2.301, 302 (Presbytère appartenant aux trois communes et servant à loger le curé ; le tribunal estime que « [...], l'indivision doit être maintenue quand l'action en partage aurait pour effet de détruire la convention en supprimant son objet essentiel ») ; *Wan v. Fong*, Cour de Cassation, 3^e chambre civile, 26 juin 1973, *Bulletin des arrêts*, p. 319 n° 440 (Immeuble acheté pour servir de pied-à-terre à des indivis ; la Cour conclut : « [...] ; quel l'article 815 du même code [le *Code civil* français] est inapplicable lorsque, comme en l'espèce, l'indivision a été créée dans un but patrimonial par des indivisaires groupés en une société, même privée de personnalité juridique ; »).

141. *Supra*, note 139, *D.* 1923.1.115. Cette appellation est donnée par la Cour d'appel de Montpellier et la Cour de Cassation.

142. A. VIANDIER, *La notion d'associé*, Paris, L.G.D.J., 1978, p. 49. Voir aussi la jurisprudence déjà citée, *supra*, note 140.

143. H. Aberkane, dans son étude sur l'obligation *propter rem*, a d'ailleurs proposé, comme

Une question primordiale s'impose, la société d'indivision se distingue-t-elle des institutions apparentées? Ainsi, existe-t-il une différence entre la société d'indivision et la société à personnalité morale. Au Québec, comme en France, l'existence d'une société exige le respect de certaines conditions¹⁴⁴. Il est de l'essence du contrat de société qu'un apport soit fourni par chacun des associés, qu'il y ait recherche d'un bénéfice¹⁴⁵ et intention de former une société (*affectio societatis*). L'indivision se différencierait de la société par l'absence de recherche de bénéfices. Ainsi H. Solus, commentant l'arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire des lais et relais de la plage de Gruissan, prend pour acquis que l'indivision est un état passif où la recherche de bénéfices est absente¹⁴⁶. Dans une affaire, où l'on pourrait reconnaître un cas de propriété spatio-temporelle, la Cour du Banc du Roi est parvenue à une conclusion identique¹⁴⁷. Trois personnes avaient construit, en commun, une maison de campagne qui, selon l'arrêtiste, était occupée, tour à tour, pendant l'été, par leur famille respective. S'agissant de déterminer s'il y avait là société ou indivision entre les parties, la majorité opta pour la seconde hypothèse, étant donné notamment l'absence de recherche de profit, le chalet n'ayant pas été construit en vue d'une exploitation. En définitive, la société d'indivision n'aurait pas pour but le bénéfice, elle viserait plutôt à éviter une perte, ainsi que le fait remarquer A. Viandier : « [...] les associés de telles sociétés ne visent pas tant la réalisation d'un gain que la conjuration d'un péril. Ils cherchent, avant tout, à éviter des pertes : [...] »¹⁴⁸. Cette opinion est excessive. Si la société d'indivision ne recherche pas le gain pécunier, elle peut avoir pour but, outre de contrer les pertes, de procurer certains avantages¹⁴⁹.

moyen de résoudre le conflit de droit réel propre à la copropriété, d'établir, par convention entre copropriétaires, un partage du temps de jouissance de la chose : « des copropriétaires pourraient remplacer la jouissance continue mais limitée de la chose commune, par une jouissance totale mais intermittente; ils pourraient organiser un roulement entre les différents copropriétaires : cet agencement serait alors opposable aux ayants cause ». (*Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, L.G.D.J., 1957, p. 175).

144. J. SMITH, *Cours de droit commercial général*, volume 1, Montréal, C.E.J., 1979, p. 116 à 124.

145. Dans ce contexte, la notion de bénéfice s'entend au sens étroit de *gain pécunier ou matériel* (J. SMITH, *ibid.*, p. 119-120; *Barrette v. Denis*, (1926) 41 B.R. 435, 436), il faudrait sans doute lui accorder le sens plus large d'*avantage*.

146. Précisons que l'auteur, contrairement à la Cour de Cassation, reconnaît dans les diverses opérations des coacquéreurs de Gruissan une recherche de profit. Aussi conclut-il à la présence d'une société (*supra*, note 139, S. 1924.1.355-356).

147. *Barrette v. Denis*, *supra*, note 145, p. 436-437. Voir aussi : *J. Robertson & Son, Ltd. v. Guilbault*, (1918) 54 C.S. 343; *Boisclair v. Ouellette*, (1923) 29 R.L. 497 et *Pilon v. Héritiers de Julien Bellemare*, [1966] R.L. 385, 421.

148. *Supra*, note 142, p. 49.

149. Du reste, H. Capitant, commentant lui aussi l'affaire des lais et relais de la plage de

Mais alors comment différencier la société d'indivision de l'association à but non lucratif non personnifiée¹⁵⁰. Elle aussi, à l'instar des sociétés d'indivision, se distingue de la société à personnalité morale par l'absence de recherche de profit. En outre, tant la société d'indivision que l'association à but non lucratif non personnifiée poursuivent une certaine finalité. Il apparaît quasi impossible de faire ressortir des critères permettant de différencier ces deux groupements. Aussi dans l'affaire des lais et relais de mer de la plage de Gruissan, nous sommes porté à partager l'opinion de M. Filion et d'y reconnaître une association à but non lucratif non personnifiée¹⁵¹.

L'existence d'une entité telle que la société d'indivision, non soumise au partage, sans être une société à personnalité morale ou une association à but non lucratif non personnifiée, est alléchante. Cette institution conviendrait particulièrement bien à la propriété spatio-temporelle. Cependant, elle semble avoir été introduite, d'abord et avant tout, pour solutionner des cas d'espèce. D'ailleurs, à plusieurs reprises, lorsque les tribunaux eurent recours à la société d'indivision, ils auraient pu parvenir à une solution tout aussi justifiable en qualifiant les groupements d'associations à but non lucratif non personnifiées. Encore aujourd'hui, c'est avec difficulté qu'une définition en est donnée, et partant, elle est souvent confondue avec d'autres institutions. Il apparaîtrait hasardeux de fonder la propriété spatio-temporelle sur une assise aussi frêle.

Ayant mis à l'écart le véhicule de la société d'indivision, nous ne prétendons pas pour autant que l'indivision ne puisse s'avérer utile dans la poursuite de notre objectif. À notre avis, la thèse de F. Laurent demeure fondée, mais, dans l'état actuel du droit, de considérer que l'on puisse renoncer au partage pour la poursuite d'une finalité commune est excessif¹⁵².

Gruissan, semble ne pas s'opposer à la poursuite, par les indivisaires, d'un but lucratif (*supra*, note 139, *D.* 1923.I.115).

150. Sur les associations à but non lucratif non personnifiées, voir : M. FILION, *L'association non personnifiée*, Thèse présentée à l'École des gradués de l'Université Laval pour l'obtention du grade de maître en droit. Québec, juillet 1983, p. 33-34. L'auteur définit ainsi l'association non personnifiée : « Nous définissons l'association non personnifiée comme étant le contrat par lequel des personnes s'unissent afin de poursuivre un but commun autre que le partage de bénéfices » (p. 4-5). Tenant compte de la définition proposée, il eut été préférable de parler d'associations à but non lucratif non personnifiées. Voir aussi : J. SMITH, *supra*, note 144, p. 126-127.

151. *Id.*, p. 45 note 161.

152. Il serait toujours possible d'assimiler à une indivision forcée l'affectation, par les indivisaires, d'un bien à une certaine finalité. Trop souvent l'indivision forcée est considérée résulter d'un état de fait. Pourtant, elle peut aussi naître d'une convention (F. DELHAY, *supra*, note 131, p. 220-221 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 91, p. 292). Des personnes peuvent, en effet, dans l'intérêt de leur héritage acquérir un bien en commun et en partager l'usage (*Michon v. Leduc*, (1890) 6 M.L.R. (Q.B.) 337).

Il est conforme au droit que des personnes acquièrent ensemble un bien donné, pour une même fin, mais sans rechercher un but commun, il y a alors indivision conventionnelle¹⁵³. Selon cette hypothèse, nous sommes susceptibles de retrouver deux des trois éléments de la société : l'apport et la recherche de profit¹⁵⁴, et un élément de l'association non personnifiée : l'apport¹⁵⁵. Toutefois l'*affectio societatis* est absente. C'est là, l'élément différenciant l'indivision conventionnelle des autres groupements apparentés. Par exemple, trois personnes achètent en commun une maison, comprenant trois appartements ; il y a apport, il y a même éventuellement espérance de profit à long terme, il n'y a toutefois pas de finalité commune, mais des finalités individuelles regroupées¹⁵⁶. Autre exemple, deux mécaniciens partagent un même immeuble, contribuent pour moitié aux frais d'entretien et emploient en commun de l'outillage ; encore ici, il n'y a pas société, mais indivision, étant donné l'absence de but commun¹⁵⁷. Aussi nous partageons entièrement les propos de H. de Page et H. Dekkers :

Il peut arriver que plusieurs personnes acquièrent ensemble un même bien, sans être animées toutefois de l'*affectio societatis*. Si l'acquisition se faisait avec l'intention d'exploiter le bien commun, en vue de réaliser un but commun, les acquéreurs multiples seraient en réalité des associés. Dès lors, le bien *mis en commun*, serait soumis, à notre avis, au régime de la propriété collective [...]. Nous supposons au contraire que plusieurs personnes acquièrent le même bien volontairement, [...], quoique sans l'intention de s'associer. Par exemple, des amis conviennent d'acheter conjointement un terrain de tennis, une chasse, une

153. Il s'agit ici d'une indivision ordinaire. Dans les cas où il y a indivision forcée, il peut y avoir recherche d'un but commun sans toutefois que la finalité visée n'atteigne le degré d'intensité retrouvé dans la société.

154. Il est reconnu qu'il est des cas où il y a recherche de bénéfices chez les indivisaires. H. Solus affirme : « Quelle que soit, en effet, la notion que l'on se fasse du bénéfice proprement dit, qu'on l'entende au sens large de profit ou au sens étroit d'enrichissement et de gain matériel, on ne peut méconnaître que l'indivision, dans certains cas, vise, elle aussi, la recherche de bénéfices. » (*supra*, note 139, S. 1924.I.355).

155. L'apport n'est cependant pas essentiel à l'association non personnifiée : M. FILION, *supra*, note 150, p. 31.

156. Notre critère de distinction entre l'indivision conventionnelle et la société est le même que celui énoncé par C. Saint-Alary-Houin :

L'affectation qui caractérise la société implique, [...], la poursuite d'une œuvre commune. Elle ne doit pas être isolée de son résultat qui est d'organiser une *entreprise*. Il existe entre associés la volonté de créer une œuvre nouvelle, de participer à une activité commune. [...]. La finalité collective n'est certes pas étrangère à l'indivision mais elle s'y présente à un moindre degré. Il existe, en effet, un intérêt commun aux indivisaires en ce sens que chaque indivisaire retire un avantage d'un certain comportement solidaire. [...] Mais, l'intérêt commun est le minimum de ciment d'un groupe car il n'est guère différent de la somme des intérêts individuels.

(« Les critères distinctifs de la société et de l'indivision depuis les réformes récentes du code civil », (1979) 32 *Rev. trim. dr. comm.* 646, 688).

157. *Perron v. Laporte*, [1945] C.S. 375.

pêcherie. [...] Ce bien constitue, non pas la propriété collective d'un groupement, mais une copropriété.¹⁵⁸

En définitive, pour qu'une société existe — société à personnalité morale, association à but non lucratif non personnifiée ou société d'indivision — la finalité recherchée par les associés doit être supérieure à la finalité individuelle de chacun de ceux-ci¹⁵⁹; au cas contraire, il s'agit d'une indivision.

État établi que la propriété spatio-temporelle peut procéder de l'indivision, il faut toutefois être conscient que la renonciation au partage, pour le seul motif que les indivisaires poursuivent une finalité commune, est aléatoire. Il est donc opportun de considérer l'hypothèse de la renonciation temporaire au partage au moyen d'une convention.

2.1.2.3.2. La renonciation temporaire au partage

L'intérêt de l'indivision conventionnelle est incontestable. Une condition est cependant essentielle à son utilisation comme mode de constitution de la propriété spatio-temporelle : la renonciation au partage pendant un certain temps ; de là, l'utilité des conventions entre indivisaires. Nous allons maintenant étudier le droit applicable à ces conventions, d'abord, en France, et ensuite, au Québec.

a) Le droit français

Dans plusieurs pays de tradition civiliste, il est prévu que les indivisaires aient le pouvoir de surseoir au partage par convention, il en va ainsi en Suisse¹⁶⁰, en Italie¹⁶¹ et depuis peu en France¹⁶². Les conventions d'indivision permettent aux indivisaires de renoncer temporairement au partage. Nous avons décidé de nous arrêter à l'étude de la législation française parce que le régime juridique de l'indivision conventionnelle y est suffisamment élaboré pour éventuellement convenir aux fins poursuivies.

158. *Traité élémentaire de droit civil belge*, tome 5, Bruxelles, Émile Bruylant, 1952, p. 1024.

159. D'après les critères élaborés, il apparaît évident que dans l'affaire des lais et relais de la plage de Gruissan (*supra*, note 139) et dans les autres affaires énumérées en note (*supra*, note 140) les parties poursuivaient une finalité commune supérieure aux finalités individuelles. Aussi, il ne pouvait s'agir d'indivision. À défaut de qualifier ces groupements d'associations à but non lucratif non personnifiées, la notion de société d'indivision était préférable.

160. Art. 650 C.C. suisse.

161. Art. 1100 et 1111 C.C. italien.

162. Art. 815 à 815-18 et 1873-1 à 1873-18 C.C. français.

Des juristes français ont vu dans l'indivision organisée, au moyen d'une convention, une façon de créer une véritable propriété spatio-temporelle. Avant même la réforme apportée à l'indivision¹⁶³, celle-ci avait déjà été perçue comme une solution possible; son instabilité était cependant déplorée¹⁶⁴. Après 1976, l'hypothèque du partage étant en partie levée, l'indivision était davantage susceptible de convenir, ainsi a-t-on pu écrire : « [Le] statut réel de la multipropriété pourrait être instauré en France par le biais d'une convention d'indivision régie par la loi du 31 décembre 1976. Les « multipropriétaires » y adhéreraient au fur et à mesure de leurs acquisitions »¹⁶⁵.

Selon la conclusion à laquelle nous en sommes précédemment venu, l'indivision, quoique d'une nature perpétuelle, est susceptible de prendre fin à la suite d'une demande en partage de la part d'un indivisaire. Cette instabilité annihile en partie ses attraits. De surcroît, l'unanimité, requise dans la gestion des biens indivis, rend lourd son fonctionnement quand elle ne nuit pas carrément à une saine administration des biens. Une intervention du législateur s'imposait pour assurer à l'indivision une vitalité certaine. La loi de 1976 fut la solution attendue¹⁶⁶.

Malgré les importantes modifications apportées au droit de l'indivision, la prohibition du maintien dans l'indivision à l'encontre de la volonté des indivisaires demeure. L'article 815 du *Code civil* français proclame encore que : « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision ». L'ensemble des dispositions introduites par la loi de 1976 constitue cependant une sourdine à la fermeté du principe. Désormais deux groupes d'articles gouvernent l'indivision. Il en découle deux régimes distincts, le régime légal, ou de droit commun, et le régime conventionnel. Les dispositions pertinentes au premier se retrouvent au titre du droit *Des successions*¹⁶⁷, les autres constituent un nouveau titre intitulé : *Des conventions relatives à l'exercice des droits indivis*¹⁶⁸, titre situé juste après celui *Des sociétés*.

Le régime légal, ainsi que son appellation l'indique, est d'application générale. En l'absence de convention entre indivisaires, il s'impose. Même sous ce régime le partage n'est pas accordé automatiquement. Ainsi à la suite

163. La réforme de l'indivision a été faite par la *Loi n° 76-1286 du 31 décembre 1976*, *Gaz. Pal.* 1977.1.76.

164. P. BIASCA, *supra*, note 4, p. 539.

165. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *supra*, note 156, p. 676.

166. Sur l'évolution législative, voir : A. WEILL, F. TERRE et P. SIMLER, *supra*, note 3, p. 482 à 485.

167. Art. 815 à 815-18 C.C. français.

168. Art. 1873-1 à 1873-18 C.C. français.

d'une demande en partage, le tribunal peut refuser d'y faire droit, si des indivisaires désirent demeurer dans l'indivision ¹⁶⁹. Le demandeur à l'action se voit alors attribuer sa part, soit en nature soit en argent. À coup sûr, seule la dernière hypothèse pourrait être retenue pour la propriété spatio-temporelle. La détermination de la provenance de la somme servant à désintéresser le demandeur n'est pas facile ; ses sources, selon la loi, peuvent être multiples. Dans les circonstances, il est évident qu'elles ne proviendront pas de l'indivision, mais plutôt des indivisaires qui ont requis de maintenir l'indivision, les autres pouvant toujours participer s'ils en expriment le désir. Il faut être conscient cependant qu'il est peu probable que l'on ait à procéder judiciairement au maintien de l'indivision, les indivisaires ayant choisi d'établir entre eux une convention.

Le second paragraphe de l'article 815, dans son ancienne forme ¹⁷⁰, précisait que, par convention, les indivisaires pouvaient différer le partage pour une période n'excédant pas cinq ans. Le législateur a abrogé ce paragraphe et préféré regrouper ensemble, après le titre *Des sociétés*, les articles sur l'indivision conventionnelle. La place choisie pour le nouveau titre est symptomatique des choix effectués par le législateur. Il a voulu fournir à l'indivision une structure, certes minimale, mais suffisante pour faciliter la gestion des biens et écarter durant un temps le constant danger de la demande en partage.

Une convention entre indivisaires, intéressés à mettre sur pied une propriété spatio-temporelle, devrait présenter deux facettes principales, l'une portant sur les modalités d'usage et l'autre sur la durée de l'indivision. La loi prévoit expressément le droit de régir l'usage des biens indivis ; le premier article du titre énonce que les propriétaires qui ont des droits sur des biens indivis « [...] peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de ces droits » ¹⁷¹. C'est là, la règle générale. Il est en outre mentionné qu'au moyen d'un accord particulier les indivisaires peuvent établir les modalités d'utilisation des biens indivis ; ceci découle de l'article 1873-11 : « [...] À défaut d'accord particulier, les articles 815-9, 815-10 et 815-11 du présent code sont applicables à l'exercice du droit d'usage et de jouissance, [...] » ¹⁷². Il s'en suit que les indivisaires disposent de la faculté de déterminer des périodes d'utilisation et de jouissance des biens indivis ; périodes devant revenir à

169. Art. 815 (3) C.C. français.

170. Le paragraphe se lisait alors comme suit : « On peut cependant convenir de suspendre le partage un temps limité : cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans ; mais elle peut être renouvelée ».

171. Art. 1873-1 C.C. français.

172. Art. 1873-11 C.C. français, les articles 815-9, 815-10 et 815-11 traitent de l'usage et de la jouissance des biens soumis au régime légal.

intervalles réguliers. Malgré tout son attrait, une telle organisation serait peu satisfaisante sans le maintien de l'indivision durant un certain temps.

La durée de la convention peut être déterminée ou indéterminée. La convention conclue pour une durée déterminée ne peut excéder cinq ans, elle est renouvelable pour une égale durée par décision expresse des parties¹⁷³. À l'avance, les indivisaires peuvent convenir du renouvellement de la convention par tacite reconduction, pour une durée déterminée ou indéterminée¹⁷⁴. À défaut du renouvellement de la convention, l'indivision est régie par les articles 815 et suivants du code, avec les conséquences que l'on sait. Pour sa part, la convention à durée indéterminée peut laisser croire qu'il y a application du régime de droit commun. La disposition pertinente du code précise que le partage peut à tout moment être provoqué lorsqu'une convention de cette nature lie les indivisaires. Leur liberté connaît toutefois une limite, le partage ne peut être exigé de mauvaise foi ou à contre-temps¹⁷⁵.

Les besoins particuliers de la propriété spatio-temporelle feraient opter vraisemblablement pour une convention à durée indéterminée¹⁷⁶. La durée maximale certaine de la convention à durée déterminée — dix ans — nous apparaît bien insuffisante¹⁷⁷, quoiqu'elle puisse évidemment être reconduite. La convention à durée indéterminée assurerait une espérance de vie plus longue au groupement compte tenu de l'obligation de ne pas demander le partage à contre-temps, le tribunal, saisi d'une action en partage, jouirait d'une grande latitude dans l'évaluation de ce qu'est un partage à contre-temps. Il prendrait certainement en compte l'objet de la convention et opérerait de toute évidence pour une durée relativement longue compte tenu de l'objectif recherché par chacun des indivisaires en adoptant la convention.

b) Le droit québécois

En regard du droit québécois, deux situations méritent d'être envisagées : le droit actuel (*de lege lata*) et le droit en formation (*de lege ferenda*).

— *De lege lata*

Juste après avoir énoncé la prohibition à la renonciation au partage, le *Code civil* précise que le partage peut être retardé pour un temps :

173. Art. 1873-3 (1) C.C. français.

174. Art. 1873-3 (3) C.C. français.

175. Art. 1873-3 (2) C.C. français.

176. M. DAGOT, « L'indivision », *J.C.P.* (édition notariale) 1977.205, à la page 280.

177. À noter qu'il y a mutation de convention à durée déterminée à convention à durée indéterminée lorsque « pour quelque cause que ce soit, une part indivise est dévolue à une personne étrangère à l'indivision » (art. 1873-12 (2) C.C. français).

Il peut cependant être convenu ou ordonné que le partage sera différé pendant un temps limité, s'il existe quelque raison d'utilité qui justifie ce retard. ¹⁷⁸

Les indivisaires possèdent donc le droit d'établir entre eux des conventions. Manifestement le contenu de telles conventions est laissé à l'entière discrétion des parties. Les seules balises qui limitent leur liberté étant le respect de l'ordre public ¹⁷⁹, la non renonciation au partage ¹⁸⁰ et l'existence d'une raison d'utilité ¹⁸¹. En droit positif québécois, il nous apparaît que ce serait tout à fait légal d'établir une convention à caractère spatio-temporel. À plusieurs, notre affirmation semblera inacceptable. Pourtant Mignault, conscient de la portée de l'article 689, avait perçu des distinctions quant à la force obligatoire des conventions, selon qu'elles portent sur une indivision volontaire ou involontaire :

Le principe de l'article 689 régit d'autres cas d'indivision que celle qui peut exister entre cohéritiers ou colégataires. Ainsi deux individus achètent un immeuble en commun ; l'un deux [sic] peut, *en l'absence d'une convention temporaire contraire*, exiger le partage ou la licitation. (Souligné par nous). ¹⁸²

Il découle de l'exemple fourni que des personnes puissent de leur propre volonté se constituer indivisaires et se soumettre à une convention ayant pour effet de retarder le partage. Aussi, appuyons-nous sans réserve la conclusion à laquelle parvient Me M. Deschamps, dans son étude sur l'indivision, quant à la légalité des conventions :

Nous sommes d'avis que les parties ne pourraient pas s'interdire totalement de sortir de l'indivision. Cependant, comme pour toute règle limitant les conventions, nous croyons que la prohibition de l'article 689 du Code civil devrait être interprétée restrictivement. Cette prohibition a été édictée pour protéger les indivisaires d'un état qu'ils n'ont pas recherché. Si on admet qu'à cause de la nécessité de favoriser la libre circulation des biens, les parties ne puissent convenir de demeurer perpétuellement dans l'indivision, on doit cependant admettre également que si les parties ont convenu d'une façon qui leur permet de sortir de l'indivision, leur engagement doit être respecté. ¹⁸³

178. Art. 689 (2) C.C.B.C..

179. Art. 13 C.C.B.C..

180. Art. 689 (1) C.C.B.C..

181. Art. 689 (2) C.C.B.C..

182. P.-B. MIGNAULT, *supra*, note 126, p. 486. Cet extrait semble avoir été oublié de R. Grenier et D. Lacroix qui concluent à l'application générale de l'article 689 du *Code civil* en citant P.-B. Mignault : « Comme nous le savons, cet article stipule que la cessation de l'indivision est toujours possible. Cette règle s'applique malgré toute convention contraire. À cet égard, Mignault enseigne que « la convention par laquelle des héritiers s'engagent à demeurer dans l'indivision ne lie aucune des parties, chacune d'elle conserve intact le droit de provoquer le partage » (« Alternatives à la copropriété par déclaration », (1983-84) 86 *R. du N.* 132, 150). Pourtant P.-B. Mignault distingue bel et bien deux situations : les indivisions héréditaires (p. 484, extrait cité par les auteurs) et les indivisions conventionnelles (p. 486, extrait que nous citons).

183. *Supra*, note 113, p. 237-238.

La convention liant les indivisaires doit être d'une grande précision. Il est impératif que soit décrite la période à laquelle chacun des indivisaires aura l'usage exclusif des biens indivis, que la dite période soit clairement mentionnée comme étant cyclique et qu'un terme soit fixé pour la durée de la convention. Évidemment d'autres dispositions, portant notamment sur la gestion et la représentation des indivisaires, pourraient être prévues. Ce second ensemble de clauses, quoique fort utile, ne serait pas, comme le premier, essentiel pour déterminer l'objectif des parties. Et, il est important de signaler la nécessité d'établir clairement le but recherché par les parties, puisqu'il pourrait s'agir là de la preuve de la *raison d'utilité*¹⁸⁴ justifiant le report du partage et la durée inhabituellement longue de la convention¹⁸⁵.

Nous nous permettons d'insister particulièrement sur la nécessité de fixer un terme pour la convention. Même s'il ressortait du contenu de la convention qu'elle vise à établir une propriété spatio-temporelle, en l'absence d'un terme, nous croyons que le partage pourrait être demandé en tout temps. Compter sur l'intervention du tribunal pour combler cette lacune serait périlleux.

Il est bien précisé au second paragraphe de l'article 689 qu'il peut être convenu ou *ordonné* de différer le partage. Est-ce à dire que le tribunal possède un pouvoir d'intervention? Le paragraphe diffère de son équivalent français¹⁸⁶ qui, d'une part, limitait à cinq ans la durée d'une convention, et d'autre part, ne parlait que de la convention comme moyen de surseoir au partage. Les Codificateurs se sont expliqués sur ces différences; arrêtons-nous à la justification du mot *ordonné*. Cet ajout, aux dires même des Codificateurs, doit être compris comme l'expression de la volonté du testateur: « L'article soumis pourvoit au cas où la suspension du partage a été ordonnée par le testateur, ce que ne fait pas l'article 815 du Code [le *Code civil* français]; omission qui a paru être une lacune que les Commissaires ont cru devoir combler »¹⁸⁷. Assimiler le mot *ordonné* à une ordonnance d'un tribunal est injustifiable et de conclure que le partage puisse être différé par convention entre les parties ou décision d'un tribunal repose sur une

184. Il s'agit là d'une des conditions à respecter pour qu'existe une convention entre indivisaires (art. 689 (2) C.C.B.C.).

185. Une telle convention devrait avoir une durée d'au moins trente ans. Signalons que la Cour supérieure n'a pas jugé excessive une convention d'une durée de cinq ans entre indivisaires successoraux (*Grothé v. Garceau*, (1913) 19 R.L.n.s. 514 (C.S.)).

186. *Supra*, note 170.

187. *Cinquième rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, Québec, G.E. Desbarats, 1865, p. 132.

mauvaise interprétation de l'article ¹⁸⁸. D'ailleurs la jurisprudence corrobore notre hypothèse ¹⁸⁹.

En définitive, l'indivision en droit positif québécois, peut vraisemblablement donner lieu à un minimum d'organisation et le partage retardé durant un temps lorsque, par convention, les indivisaires s'entendent à cet effet. D'affirmer que même en présence d'une convention le droit au partage est absolu ¹⁹⁰, ne respecte pas le libellé même de l'article. Avouons cependant que si l'indivision permet de parvenir à une solution acceptable, la précarité de l'institution demeure. La réforme proposée au droit de l'indivision serait de nature à donner une structure plus solide à une institution qui en laisse plusieurs sceptiques.

— De lege ferenda

Une fois adoptées les tranches du projet de *Code civil* déjà présentées devant l'Assemblée nationale, l'indivision sera située au livre *Des biens*. Aux quelques dispositions éparses de l'actuelle législation se substitueront plus de vingt articles ¹⁹¹ qui permettront d'assujettir l'indivision à un régime juridique plus complexe, mais surtout plus stable.

Le pouvoir de créer l'indivision par contrat serait expressément reconnu ¹⁹². Rien n'empêcherait donc de concevoir l'allocation de l'usage d'un bien pour une période définie, appelée à revenir à intervalles réguliers. La faculté de demander le partage demeurerait ¹⁹³. Cependant, des exceptions au principe existeraient encore. Le partage pourrait être retardé notamment par convention ou une impossibilité découlant de l'affectation du bien à un but durable.

188. M^e M. Deschamps ne voit pas à la lecture de l'article 689 du *Code civil* une justification à l'interprétation que nous soutenons. En outre, elle considère que le législateur aurait été plus explicite s'il avait voulu limiter au testateur le pouvoir d'ordonner un partage différé (*supra*, note 113, p. 239) Pourtant, en ne modifiant pas la formulation proposée par les Codificateurs, le législateur faisait siennes leurs justifications et, d'après l'extrait que nous avons donné, il ressort que c'est aux seuls testateurs que revient le pouvoir d'ordonner la remise à plus tard du partage.

189. *Garber v. Lake*, [1916] R.P. 464 (C.S.), voir aussi la jurisprudence citée par L. FARIBAUT, *supra*, note 126, p. 394, note 260.

190. R. GRENIER et D. LACROIX, *supra*, note 182, p. 150 et J.-P. ROUSSELLE, *supra*, note 7, p. 293.

191. *Projet de loi 20. Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, *supra*, note 128, art. 1069 à 1092.

192. *Id.*, art. 1069.

193. *Id.*, art. 1087.

La convention d'indivision aurait une durée maximale de trente ans, qu'il s'agisse de biens meubles ou immeubles ¹⁹⁴, et serait renouvelable. Elle présenterait un avantage marqué, quant à sa durée, sur son équivalent français limité, quant à lui, à cinq ans seulement ¹⁹⁵. Une durée de trente ans nous semble intéressante pour l'élaboration d'une propriété cyclique telle que nous la concevons.

En plus de la convention, il existe un autre moyen d'éviter le partage : l'affectation du bien à un but durable. Sans aucun doute, il s'agirait là d'une excellente façon de parvenir aux fins recherchées. Le projet de code ne précise cependant aucunement en quoi consiste une telle affectation. À première vue, on peut croire qu'il s'agit d'un synonyme au concept d'indivision forcée. Mais, n'y aurait-il pas là place à l'expression de la volonté des indivisaires, libres d'affecter, d'un commun accord, à un but durable, un bien en indivision ; en l'espèce une propriété périodique et cyclique. Lors de l'étude du projet de loi en commission parlementaire, il est vite ressorti que ces deux interprétations pouvaient être retenues ¹⁹⁶. Du libellé même de l'article, il est apparu toutefois que l'on visait les cas limités d'impossibilité physique d'obtenir le partage. Jugeant trop restrictive cette interprétation, il fut décidé de soumettre un amendement à l'article ; la formulation retenue fut la suivante :

Nul n'est tenu de demeurer dans l'indivision. Le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'ait été reporté par une convention, [...] *ou qu'il n'ait été rendu impossible en raison de l'affectation du bien à un but durable.*

(Souligné par nous). ¹⁹⁷

Le commentaire, accompagnant l'amendement, est éclairant sur la portée que l'on souhaitait voir reconnaître à l'article :

[L'amendement] vise à clarifier la partie du concept impossible, lequel ne doit pas être compris comme visant le seul état de fait où le partage est physiquement impossible, mais également le cas où il est rendu impossible par l'affectation qui est faite du bien à un but durable, tant que ce but demeure. ¹⁹⁸

194. *Id.*, art. 1070. Tel que rédigé l'article prévoit que la durée d'une convention d'indivision portant sur un meuble ne peut excéder cinq ans. Lors de l'étude du projet de loi un amendement a été proposé afin de porter à trente ans, comme pour les immeubles, la durée de la convention (Assemblée nationale. *Journal des débats*. Commissions parlementaires. Sous-commission des institutions. *Étude détaillée du projet de loi 20. Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des personnes, des successions et des biens*, 32^e législature, 5^e session, fasc. 16 (jeudi 27 juin 1985), p. S-CI 757.

195. Art. 1873-3 C.C. français.

196. *Supra*, note 194, p. S-CI-778 à 781.

197. *Id.*, fasc. 20 (jeudi 4 juillet 1985), p. S-CI-997. Le membre de phrase souligné se lisait ainsi avant l'amendement : « ou qu'il ne soit impossible en raison de l'affectation du bien à un but durable ».

198. *Ibid.*.

Pressé d'apporter des explications supplémentaires à un député, plus ou moins satisfait de la formulation proposée, une conseillère juridique du ministère de la Justice, enchérissait :

[...] si on dit « qu'il n'ait été rendu impossible », là, je pense qu'on introduit un autre élément qui est un élément intentionnel : du fait que les parties ont affecté leur bien à une vocation dans un but durable et par leur convention, il est rendu impossible [le partage] tant que le bien demeure affecté à ce but.¹⁹⁹

L'article tel que rédigé, le commentaire qui l'accompagne et les précisions apportées en commission ne laissent aucun doute, les indivisaires pourraient par convention décider de l'affectation d'un bien à un but durable et ainsi le soustraire au partage²⁰⁰. Le partage se trouve ainsi à être subordonné au respect d'un objectif déterminé. Ne nous méprenons pas cependant, il doit bel et bien s'agir de la poursuite de finalités individuelles regroupées de la part des parties et non pas d'une finalité commune, car alors il s'agirait d'une société — société à personnalité morale, association à but non lucratif non personnifiée ou société d'indivision — et non pas d'une indivision conventionnelle.

À moins d'un accord unanime des indivisaires à cet effet, seule la destruction du bien touché pourrait vraisemblablement mettre un terme à cet état d'indivision forcée résultant de la volonté des indivisaires. Il s'agit là d'une voie royale pour la reconnaissance d'une propriété périodique et cyclique. Un seul motif nous fait hésiter à qualifier de propriété spatio-temporelle la situation découlant d'une telle convention, c'est l'absence d'un objet individualisé dans l'espace et dans le temps. Quoique que l'on puisse parvenir, en procédant comme nous l'avons exposé, à fractionner l'*usage* de la propriété en périodes et à assurer à cette jouissance une certaine pérennité, tous les indivisaires se retrouvent devant un seul et même objet et non pas devant un objet spécifique à la propriété spatio-temporelle. Il s'agit d'une propriété indivise organisée, dont le bien indivis est affecté à un but durable ; il y a là constitution d'une propriété à caractère spatio-temporel.

199. *Id.*, p. S-CI-998.

200. J.-P. Rousselle dans son article sur la multipropriété affirme que la réforme du droit de l'indivision « ne permettra toujours pas de mettre sur pied une organisation de la multipropriété basée sur l'indivision forcée » (*supra*, note 7, p. 295). Ses propos sont fondés uniquement sur les travaux de l'Office de révision du Code civil (*Rapport sur le Code civil du Québec*, Québec, Éditeur officiel, 1978, 2 volumes), l'auteur n'a pas consulté la première version du projet de loi réformant le code où était déjà signalée la possibilité d'affecter un bien à un usage durable (*Projet de loi 58. Loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des biens*, 32^e législature, 4^e session, art. 1064 (Adopté en première lecture le 21 décembre 1983, mort au feuillet)).

2.2. Une nouvelle modalité de la propriété

2.2.1. Une dimension supplémentaire de l'objet du droit de propriété

Le droit de propriété détenu par une personne — le sujet du droit — porte nécessairement sur une chose — l'objet du droit. Nos propos traitent d'abord de l'objet du droit de propriété et de ses dimensions telles que présentées habituellement par la doctrine, ensuite nous proposons une transformation à l'objet du droit de propriété qui permet une reconnaissance de la propriété spatio-temporelle.

2.2.1.1. Les dimensions de l'objet du droit de propriété

Les choses sur lesquelles porte le droit de propriété sont des biens meubles ou immeubles. Ces mêmes choses peuvent être corporelles ou incorporelles. Dans le premier cas, nous enseigne la doctrine, ce sont des biens matériels et tangibles ; dans le second ce sont des biens immatériels donc intangibles, il s'agit de droits. Toutes les choses appropriables par l'homme sont susceptibles d'être intégrées à ces catégories et devenir objets de droit de propriété. Les biens incorporels ne nous apparaissent pas apporter un éclairage particulier à nos propos, aussi sont-ils ignorés.

Nos propos sur les dimensions de l'objet du droit de propriété sont centrés sur l'immeuble par nature. D'abord, nous verrons que l'objet du droit de propriété est susceptible de scission. Ensuite, que cet éclatement amène inévitablement la reconnaissance de la dimension spatiale de l'objet. Parallèlement à cela nous démontrerons que l'objet du droit de propriété, quoique habituellement tangible, peut être dématérialisé. Cette preuve établie, il sera possible de doter l'objet du droit de propriété d'une quatrième dimension : la temporalité.

2.2.1.1.1. L'éclatement de l'objet du droit de propriété

Le titulaire d'une propriété foncière — immeuble par nature par excellence — détient des droits étendus, puisque, précise le code : « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous »²⁰¹. De surcroît, de par l'article 408 du *Code civil*, le propriétaire jouit d'une faculté particulière, le droit d'accession ou *vis attractiva* matérielle. En vertu de ce droit, le propriétaire peut faire sien tout ce qui vient se greffer à l'objet de son

201. Art. 414 C.C.B.C..

droit : *accessorium sequitur principale* ²⁰². La structure édiflée sur le fonds perdra donc souvent sa personnalité propre pour se confondre au fonds et ne former avec celui-ci qu'un seul objet de droit de propriété. D'ailleurs cela ressort de la pratique notariale. Lors d'une transaction portant sur un immeuble, le fonds est désigné avec précision, alors que les structures sont très sommairement décrites. Si la propriété immobilière par nature constitue habituellement un tout avec ce qui est uni à elle, il n'en va pas toujours de même. La propriété superficière constitue une exception à ce principe ²⁰³.

À l'instar de tout droit de propriété, le droit de propriété superficière exige la présence d'un objet. L'immeuble par nature doit être scindé de façon à constituer, à isoler, un objet sur lequel puisse porter la propriété superficière. La division de l'objet de la propriété immobilière par nature peut apparaître singulière, tant l'unité de l'objet semble être une règle d'application générale. Toutefois, loin d'être impérative, cette règle est supplétive. Le propriétaire, ainsi qu'il ressort de l'article 415 du *Code civil*, peut diviser l'objet de son droit et ainsi dissocier le tréfonds de la superficie ²⁰⁴. La propriété superficière peut alors porter sur tout immeuble par nature « sis sur ou sous la face d'un héritage appartenant, quant à lui, à quelqu'un d'autre [...] » ²⁰⁵. On se trouve ainsi devant deux propriétés contiguës sur un plan

202. Le professeur F. Frenette établit une distinction entre la *vis attractiva* juridique et la *vis attractiva* matérielle. Dans le premier cas, dont il a été question plus haut (*supra*, note 14 et le texte correspondant), il s'agissait pour le propriétaire d'attirer à lui les fragments épars de son droit de propriété (F. FRENETTE, *supra*, note 15, p. 446-447).

203. La copropriété par étages prévue à l'article 521 du *Code civil*, article aujourd'hui abrogé (*Loi concernant la copropriété des immeubles*, L.Q. 1969, c. 76, art. 3), et l'actuelle copropriété divise, régie par les articles 441b et suivants du code constituent également une exception au principe de l'unité de l'objet du droit de propriété foncière. Cependant dans l'un et l'autre cas, nous ne sommes pas devant une exception supplémentaire, puisque ces deux propriétés ont pour objet une superficie. Il s'agit en fait d'une propriété superficière organisée formellement.

204. F. FRENETTE, « L'illusion de propriété superficière », (1976) 17 *C. de D.* 229, 230.
En France, la division spatiale de l'immeuble par nature ne sera acceptée par les tribunaux que durant la seconde partie du XIX^e siècle (A.-M. PATAULT, « La propriété non exclusive au XIX^e siècle : histoire de la dissociation juridique de l'immeuble », (1983) 61 *Rev. hist. dir. fr. et ét.* 217). Auparavant, même après la promulgation du *Code civil*, les Cours éprouveront de la difficulté à se détacher des institutions de l'Ancien régime. L'exclusivisme n'apparaît pas alors être une caractéristique fondamentale du droit de propriété. À plusieurs reprises, les magistrats se montreront favorables à l'existence de propriétés à pluralités de sujets se partageant différentes maîtrises ou jouissances. À ces propriétés simultanées, fondées sur l'indivision de l'héritage, se substituera, au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, une propriété basée sur la dissociation juridique de l'immeuble autrement dit sur une scission de l'objet du droit de propriété ; la propriété superficière, issue du droit nouveau, était née.

205. F. FRENETTE, *supra*, note 12, p. 199 ; voir aussi : J.-G. CARDINAL, *supra*, note 53, p. 335.

vertical, comme l'a signalé le juge Pelletier dans l'affaire *Marmette v. Deschênes* :

[Le] droit de superficie, comme nous l'indique le texte de l'article 415 C.C., consiste donc à détenir la propriété de constructions ou de plantations reposant sur le sol d'autrui. C'est, en effet, une dérogation au principe de l'accession, dérogation qui sépare la propriété des *superficies* de celles du fonds. Il faut donc concevoir la propriété du principal, le fonds de terre, dissociée de celle de l'accessoire, les *superficies*. Il s'agit donc d'un partage de la propriété suivant un plan horizontal, analogue au partage d'un fonds de terre suivant un plan vertical, entre deux propriétaires.²⁰⁶

L'immeuble par nature, sur lequel est susceptible d'exister un droit de propriété superficière, peut être de plusieurs types. D'après la jurisprudence, il s'agit souvent de constructions²⁰⁷, mais il peut s'agir aussi de plantations²⁰⁸, d'aqueducs²⁰⁹, de poteaux de téléphone²¹⁰ ou de chemins²¹¹. Les biens susceptibles de donner lieu à une propriété superficière étant des immeubles par nature, on s'attendrait normalement à ce qu'ils soient en contact direct avec le tréfonds; ce n'est toutefois pas toujours le cas. Les tribunaux ont, en effet, reconnu l'existence d'une propriété superficière pour des toits empiétant sur un fonds voisin²¹².

Susceptible de plusieurs formes, il serait essentiel qu'existe le bien, sur lequel portera le droit, pour que soit reconnue la propriété superficière : la naissance comme le maintien du droit sont liés à la présence d'un bien. La propriété superficière doit porter sur un bien tangible, elle ne peut porter sur une abstraction.

D'après une doctrine quasi unanime, la matérialisation de l'objet du droit de propriété immobilière est nécessaire²¹³. Deux exemples, à l'appui de cette thèse, méritent d'être exposés. Le premier porte sur la naissance de la

206. [1966] C.S. 1, 8. Noter que le juge confond le plan horizontal et le plan vertical.

207. *Bouchard c. Fortin*, [1977] C.S. 1125; *Gilbert c. Dion*, [1976] C.S. 588; *Boily c. Tremblay* [1976] C.S. 1174; *Sénécal-Crevier c. Limoges*, [1975] C.S. 199; *Morin c. Grégoire*, (1969) 10 C. de D. 379 (C.S.); *Lebœuf c. Douville*, (1969) 10 C. de D. 563 (C.S.), [1969] B.R. 472; *Marmette c. Deschênes*, *ibid.* et *Fauteux v. Parant*, [1959] C.S. 209. Pour la jurisprudence antérieure à 1957 voir : J.-G. CARDINAL, *supra*, note 86.

208. *Cadrain v. Théberge*, *supra*, note 77.

209. *Neveu c. Corporation municipale de Ste-Mélanie*, [1977] C.S. 590.

210. *Gulf Power Company c. Habitat Mon Pays Inc.*, C.A. Montréal, 10 juillet 1978.

211. *Bilodeau c. Dufour*, [1952] 2 R.C.S. 264.

212. *Piché c. Centre de viandes Campbell Inc.*, [1980] C.S. 537; *Lebœuf c. Douville*, *supra*, note 207, commenté par A. COSSETTE : « Droit de superficie ou servitude », (1969-70) 72 R. du N. 28 et *Parent v. Quebec North Shore Turnpike Road Trustees*, (1900-01) 31 R.C.S. 556.

213. G. MARTY et P. RAYNAUD, *supra*, note 91, p. 236-237 et H. L. et J. MAZEAUD, *supra*, note 53, p. 69.

copropriété divise. L'existence d'une telle propriété exige l'enregistrement d'une déclaration de copropriété²¹⁴; cet enregistrement n'étant possible que si la copropriété a fait l'objet d'un plan et d'un livre de renvoi attribuant à chacune des parties exclusives, de même qu'aux parties communes, un numéro de cadastre qui les identifie²¹⁵. L'enregistrement étant lié à l'attribution d'un numéro de cadastre, il est impossible, dans l'état actuel du droit, de croire que l'on puisse constituer une copropriété divise verticale sans l'existence préalable d'une structure²¹⁶. Le domaine d'application des dispositions du *Code civil* portant sur la copropriété divise est donc limité aux immeubles bâtis. Le second exemple vient de la fin possible de la propriété superficière due à la perte de la chose. La destruction totale de la chose entraîne automatiquement l'extinction de la propriété superficière²¹⁷. Ne pouvant nous figurer la destruction d'une abstraction, cela s'entend obligatoirement d'un immeuble par nature existant physiquement²¹⁸.

L'immeuble par nature, dans sa présentation idéale, constitue un tout. Il peut cependant être fractionné et permettre la constitution d'une propriété superficière.

2.2.1.1.2. L'objet du droit de propriété est tridimensionnel

Habituellement, l'image mentale que se font les juristes de la propriété immobilière par nature est celle d'une surface, d'un objet bidimensionnel. Le cadastre en est la représentation graphique. Si cette idée est véridique, elle l'est en partie seulement. Ainsi qu'il a été déjà mentionné, le code lui-même donne de cette propriété une toute autre perspective. L'article 414 édicte en effet que : « [L]a propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». De considérer le fonds comme ne possédant que deux dimensions, la longueur et la largeur, est partiellement faux. Il possède en outre une troisième dimension, la profondeur et la hauteur. Il ne s'agit plus d'une surface mais d'un volume²¹⁹. Étant donné la configuration de la terre, ce

214. Art. 441 b C.C.B.C..

215. Art. 2175 C.C.B.C..

216. P. BEAUDOIN et B. MORIN, « La copropriété des immeubles au Québec », (1970) 30 *R. du B.* 4, 10 et R. COMTOIS, *supra*, note 100, p. 31.

217. J.-G. CARDINAL, *supra*, note 86, p. 199 à 202.

218. Cette opinion se rattache à la doctrine qui prend pour acquis que l'objet du droit de propriété est nécessairement matérialisé ; nous ne partageons cependant pas cette opinion, voir : *infra*, section 2.2.1.1.3. : L'objet du droit de propriété peut être dématérialisé.

219. H. L. et J. MAZEAUD affirment : « La propriété immobilière ne porte pas seulement sur les surfaces : elle s'étend au *dessus* et au *dessous* ; elle porte sur un volume » (*supra*, note 53, p. 69).

volume prend la forme d'une pyramide ; le sommet est le centre de la terre et les côtés correspondent au plan cadastral, pour ensuite tendre à l'infini. Nous disons bien tendre, car il faut admettre que le droit de propriété est limitée en hauteur, et ce malgré la maxime latine qui l'étend *usque ad caelum et usque ad inferos*. Il nous apparaît qu'elle ne peut aller au-delà des capacités de l'humain d'occuper, par des travaux d'édification, l'espace correspondant au plan cadastral. C'est d'ailleurs à une telle conclusion qu'est parvenu le Tribunal civil de la Seine dans une affaire où s'affrontaient le propriétaire d'une exploitation agricole et les propriétaires d'aérodromes contiguës :

Mais attendu que si, [...], la propriété du sol emporte effectivement la propriété du dessus, ce principe doit raisonnablement se restreindre au profit du propriétaire à la seule hauteur d'atmosphère utilisable, soit au point de vue constructions et accessoires de constructions tels que peuvent les concevoir et les réaliser l'architecture et la science de l'ingénieur, soit au point de vue plantations de tout genre ; [...] ²²⁰

L'objet du droit de propriété ne peut être représenté uniquement sur un plan horizontal, il doit aussi l'être sur un plan vertical. Pourtant même lorsque des structures sont édifiées sur un fonds, par exemple une maison ou une tour, il est apparu inutile aux juristes de délaisser la représentation en géométrie plane pour adopter une représentation en géométrie descriptive. Deux raisons semblent expliquer ce refus. La première tient probablement au caractère éphémère des structures par rapport à la pérennité du fonds. Cette explication, avancée par le professeur Savatier ²²¹, ne nous apparaît pas déterminante. D'après nous, il existe une autre explication qui tient à l'existence du droit d'accession ou *vis attractiva* matérielle ²²² que possède le propriétaire. Prenant pour acquis que le propriétaire du fonds attire à lui les structures qui y sont édifiées et que par conséquent les dites structures se confondent avec le fonds et ne constituent pas un objet différent de celui-ci, il n'y a pas d'intérêt à considérer l'immeuble par nature comme étant tridimensionnel. Cependant, du moment où le tréfonds et la superficie sont scindés pour former deux objets distincts de droit de propriété, la reconnaissance d'une troisième dimension à la propriété s'impose.

Il faut être conscient cependant que le système d'enregistrement des droits réels immobiliers a été conçu et a fonctionné jusqu'à récemment dans le respect d'une conception bidimensionnelle de la propriété immobilière. En

220. *Heurtebise v. Farman*, Tribunal civil de la Seine, 1^{re} chambre, 10 juin 1914, *D.* 1914.2.193, 194. Voir aussi : N. M. MATTE, « À qui appartient le milieu aérien ? » (1980) 5 *Annales de droit aérien et spatial*, 223, 236 à 239.

221. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, tome 3, Paris, Dalloz, 1959, p. 117.

222. *Supra*, note 202 et le texte correspondant.

1969, le législateur introduisait, au livre foncier, la possibilité d'une troisième dimension. Un chapitre, intitulé : *De la copropriété des immeubles établis par déclaration*, était alors ajouté au second livre du *Code civil* et par voie de conséquence modifiait certaines dispositions au chapitre *De l'enregistrement des droits réels*²²³. Le nouveau chapitre permettait la constitution de copropriétés divises.

L'existence de telles propriétés est possible uniquement dans l'éventualité où la copropriété a fait l'objet d'un plan et d'un livre de renvoi attribuant à chacune des parties exclusives de même qu'aux parties communes un numéro de cadastre qui les identifient²²⁴. Pour que puisse être respectée cette obligation, il était absolument essentiel de donner de la propriété immobilière non plus une image plane, mais tridimensionnelle. Le plan et le livre de renvoi devaient pouvoir correspondre à cette réalité. Jusque là, ils avaient été confectionnés pour indiquer, ainsi que le précisait alors l'article 2166 du *Code civil*, « tous les lots de terre de chaque cité, ville, village, canton [...] ». En supprimant de l'article les mots « de terre »²²⁵, le législateur permettait de représenter graphiquement au cadastre une troisième dimension à la propriété immobilière²²⁶. La modification apportée à l'article ne visait guère plus qu'à faciliter la publicité de la copropriété divise. Il ne faut surtout pas y voir la source de la reconnaissance d'une propriété immobilière tridimensionnelle. Le code a toujours reconnu l'existence d'une telle propriété, ainsi qu'il a été précisé plus haut. Peu de juristes ont cependant vu la nécessité de considérer cette troisième dimension de l'objet du droit de propriété.

2.2.1.1.3. L'objet du droit de propriété peut être dématérialisé

La preuve est établie, la conception que nous devons nous faire de l'objet de la propriété immobilière est celle d'un volume, aussi pouvons-nous parler

223. *Loi concernant la copropriété des immeubles*, *supra*, note 203.

224. Art. 2175 C.C.B.C..

225. *Loi concernant la copropriété des immeubles*, *supra*, note 203, art. 5.

226. De fait, il est essentiel de préciser qu'avant cette modification apportée au code, il existait — et qu'il existe toujours — à l'index des immeubles des pages spéciales où pouvaient être inscrits des immeubles par nature non définis au cadastre, ainsi que l'a mentionné le professeur C. Charron :

[...] il existe des immeubles par nature qui n'apparaissent pas au cadastre mais que l'on peut tout de même vendre, hypothéquer ou autrement aliéner, tels les lignes de transmission d'électricité, [...]. Pour tous ces immeubles, heureusement peu nombreux, le livre foncier comprend des pages spéciales pour objets « non définis » au cadastre du canton ou de la paroisse.

(« La publicité foncière au Québec, qualités et défauts », (1971-72) 74 *R. du N.* 251, 260). Malgré la souplesse de cet outil, les pages spéciales de l'index des immeubles ne pouvaient s'avérer adéquates lors de la division complexe d'un immeuble par nature ; l'intervention du législateur était nécessaire.

de propriété spatiale²²⁷. Il a pourtant été mentionné déjà que la propriété superficière ne pourrait porter sur une abstraction. Aussi, est-il vraiment approprié de parler de la propriété d'un volume situé au-dessus ou au-dessous du sol? Partageant les idées du professeur Savatier²²⁸ sur ce sujet, nous répondons par l'affirmative. Un cube d'espace²²⁹ nous apparaît pouvoir être l'objet d'un droit de propriété même si le dit cube n'est occupé par aucune structure. Le cube d'espace, une fois délimité, constitue un corps certain, même s'il s'agit d'un bien impalpable²³⁰. Il ne faut certes pas assimiler le cube d'espace aux biens incorporels²³¹. Quoique dans les deux cas, nous soyons devant des biens imperceptibles aux sens, le cube d'espace ne constitue pas un droit subjectif mais une chose, un bien corporel. La dématérialisation de l'objet n'équivaut pas à son inexistence. Un contenant, même sans contenu, ne perd pas pour autant sa raison d'être, n'en continue pas moins d'exister. Il se pourrait d'ailleurs que bientôt soit reconnu expressément, au Québec, un tel objet du droit de propriété, ainsi que le précise l'article 1170 du projet de loi réformant le *Code civil du Québec*. La disposition se lit comme suit :

La propriété superficière prend fin par l'expropriation totale du tréfonds et des constructions, ouvrages ou plantations qui y sont érigés.

La perte totale des constructions, ouvrages ou plantations ne met pas fin à la propriété superficière.²³²

Il découle du second paragraphe de l'article que l'objet du droit de propriété superficière ne se confond pas avec la structure qui s'y trouve ou qui pourrait s'y trouver. En soi la superficie, comme cube d'espace, peut-être objet de droit de propriété.

227. La reconnaissance d'une dimension spatiale à un bien meuble ne se pose pas. Fait de matière, un tel bien occupe nécessairement un volume. De l'atome à l'avion, nous sommes devant un bien tangible qui ne peut être assimilé à une surface. De sa nature, il est pluridimensionnel (R. SAVATIER, *supra*, note 221, p. 121 à 128).

228. « Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels », (1958) 56 *Rev. trim. dr. civ.* I ; « La propriété de l'espace », *D.* 1965.213 et « La propriété des volumes dans l'espace et la technique des grands immeubles », *D.* 1976.103.

229. Certains auteurs parlent de cube d'air et non de cube d'espace (C. GOYET, *supra*, note 53, p. 127 et D. SIZAIRE, « Le statut de la copropriété des immeubles bâtis », *J.C.P.* (édition notariale) 1969.2244, n° 48), ils font erreur. Il y a là deux réalités différentes, deux objets de droit de propriété. Dans le premier cas, il s'agit d'un bien matériel, l'air, contenu dans un espace donné ; dans le second, il s'agit plutôt d'un volume, d'un contenant.

230. Ainsi que l'a fait remarquer le professeur D. Sizaire, l'existence de l'objet du droit de propriété n'est pas liée tant à sa matérialisation qu'à sa possible délimitation : « Le problème n'est pas — dans le cadre de conceptions juridiques élaborées — que la propriété s'identifie nécessairement à un objet matériel. Il suffit que l'appropriation puisse s'exercer ; c'est là une simple question de délimitation » (*ibid.*, n° 48). Sur l'assimilation de l'espace à un corps certain, voir : R. SAVATIER, *supra*, note 228, (1958) 56 *Rev. trim. dr. civ.*, p. 8-9.

231. Sur les biens incorporels, voir : J. CARBONNIER, *supra*, note 32, p. 77 à 81.

232. *Supra*, note 128.

Une fois établie la preuve de la dématérialisation possible de l'objet du droit de propriété, la voie est ouverte à l'identification d'une quatrième dimension, essentiellement intangible, de l'objet du droit de propriété : la temporalité.

2.2.1.2. Une dimension temporelle à l'objet du droit de propriété

La possibilité de reconnaître une quatrième dimension à l'objet du droit de propriété a déjà été évoquée par la doctrine française. Me P. Biasca, traitant précisément de la propriété spatio-temporelle, parlait en ces termes de l'ajout d'une autre dimension à l'objet du droit de propriété :

La copropriété s'était bornée à fractionner les immeubles dans l'espace, c'est-à-dire en volumes.

*À la division spatiale, s'est ajoutée la division temporelle. Les volumes ou si l'on préfère les lots à 3 dimensions sont devenus à 4 dimensions.*²³³

Accorder une dimension temporelle à l'objet du droit de propriété a des conséquences. Désormais un nouvel objet, susceptible de propriété, existe. Aux objets individualisés dans l'espace s'ajoutent les objets individualisés dans le temps. Un bien pourrait ainsi appartenir à des personnes différentes pour des périodes de temps déterminées, par exemple monsieur x aurait la propriété d'une maison de mai à octobre et madame y de novembre à avril. Il ne faut pas se méprendre, l'objet possédé par les propriétaires n'est pas la maison, mais plutôt la maison durant six mois déterminés de l'année. *Cela est bien différent, l'objet du droit de propriété n'est pas le même.* Dans le premier cas, il s'agit d'une propriété essentiellement spatiale, alors que dans le second il s'agit d'une propriété spatio-temporelle, l'objet du droit possédant, de surcroît, une dimension temporelle.

Ayant exposé brièvement les conséquences de la reconnaissance d'une quatrième dimension à l'objet du droit de propriété, une question primordiale mérite d'être posée. Est-on justifié d'accorder une dimension temporelle à l'objet du droit de propriété ? Il nous semble que oui. Le propriétaire jouit d'une grande liberté, il peut s'il le désire, scinder l'objet originaire de son droit et constituer alors d'autres objets sur lesquels pourront porter des droits de propriété. Ainsi la propriété spatiale a-t-elle été reconnue. La loi accorde divers attributs au propriétaire notamment la *vis attractiva* juridique et la *vis attractiva* matérielle²³⁴. Il peut toutefois renoncer à ces

233. *Supra*, note 4, p. 540.

234. Art. 408 et 415 C.C.B.C..

droits au profit d'un tiers²³⁵; ce faisant il constitue un objet de droit de propriété sur lequel une autre personne pourra détenir un droit de propriété. L'existence du droit de propriété superficiare repose justement sur cette scission de l'objet du droit de propriété immobilière, scission qui permet de constituer deux ou plusieurs objets sur lesquels existeront autant de droits de propriété.

Il apparaît que l'objet du droit de propriété peut prendre plusieurs formes. Dans sa présentation idéale, compte tenu du droit d'accession, il comprend le principal et les accessoires. Le propriétaire, de par sa seule volonté, peut cependant diviser l'objet de son droit. Le rôle de la volonté dans la constitution d'objets de droit de propriété, même s'il est peu reconnu, n'en existe pas moins. Rien ne s'oppose, pas même l'ordre public, à ce qu'une personne consente à fractionner l'objet de son droit de propriété. La seule restriction étant que le nouvel objet, une fois la scission effectuée, soit suffisamment individualisé pour jouir d'une identité propre.

Selon nous, la preuve est établie, il est possible de diviser l'objet du droit de propriété, de telle sorte que lui soit reconnue une dimension temporelle. L'objet isolé, nous possédons désormais le matériau nécessaire à l'édification de la propriété spatio-temporelle²³⁶.

2.2.2. La propriété spatio-temporelle, une modification de la propriété

Reconnaître une dimension supplémentaire à l'objet du droit de propriété a pour conséquence de modifier l'apparence de la propriété, de la faire s'éloigner de l'image idéale que nous en avons. Après la présentation des modifications connues de la propriété, nous verrons qu'aucune ne convient à la propriété spatio-temporelle et qu'il y a lieu d'en introduire une nouvelle.

2.2.2.1. Les modifications de la propriété

Le droit de propriété, tel que défini habituellement pour les besoins de l'enseignement, répond à un gabarit idéal que nous avons déjà qualifié de code génétique. Ce droit possède des caractères qui lui sont propres et transmet à son titulaire des attributs si étendus sur l'objet sur lequel il porte qu'il a été qualifié de *plena in re potestas*. Souvent cette définition, malgré sa

235. Art. 415 C.C.B.C..

236. M^e P. Biasca qui avait déjà parlé d'une quatrième dimension pour l'objet du droit de propriété (*supra*, note 233) n'a pour ainsi dire pas exploité sa découverte.

rigueur, correspond à la réalité. Toutefois, il est des cas où le droit de propriété subit des modifications.

D'intensités différentes, les *modifications* marquant la propriété peuvent être regroupées en deux grandes catégories ; les *modalités* et les *démembrements*²³⁷. Dans le premier cas, le faisceau des attributs de la propriété reste uni, mais des modifications à la configuration du droit amènent une diminution des pouvoirs du propriétaire²³⁸. Dans le second cas, il y a éclatement du faisceau des attributs de la propriété, le propriétaire ayant accepté de constituer des droits réels sur l'objet de son droit. Le partage des prérogatives de la propriété dépouille, pour un temps, le propriétaire d'une partie des attributs du droit de propriété²³⁹.

La reconnaissance des modifications de la propriété est relativement ancienne. Pothier y consacre un assez long développement. Il parle alors d'une propriété imparfaite par opposition à une propriété dont le titulaire est susceptible de prétendre à toutes les utilités de la chose. Les limites inhérentes à ce type de propriété, précise-t-il, peuvent provenir d'un défaut portant sur la personne du propriétaire²⁴⁰ ou d'une imperfection de son droit :

L'imperfection du droit de propriété peut aussi priver le propriétaire d'une partie des droits que nous avons dit être renfermés dans le droit de propriété, lesquels n'y sont renfermés que lorsque la propriété est une propriété pleine et parfaite.

Une propriété est pleine et parfaite, lorsqu'elle est perpétuelle, et que la chose n'est pas chargée de droits réels envers d'autres personnes que le propriétaire.

Au contraire, elle est imparfaite, lorsqu'elle doit se résoudre au bout d'un certain temps, ou par l'événement d'une certaine condition.

La propriété d'un héritage est aussi imparfaite, lorsque l'héritage est chargé de droits réels envers d'autres que le propriétaire : car ces droits réels sont autant de droits qui ont été détachés de la propriété.

La propriété est surtout imparfaite, lorsqu'elle est chargée d'un droit d'usufruit : elle est appelée en ce cas propriété nue, *nuda proprietas*.²⁴¹

237. J. CARBONNIER, *supra*, note 32, p. 124.

238. C. ATIAS, *supra*, note 12, p. 137 ; J.-G. CARDINAL, *supra*, note 53, p. 331 et F. FRENETTE, *supra*, note 50, p. 736.

239. F. FRENETTE, *id.*, p. 729.

240. L'auteur fait ici référence aux cas de restrictions des pouvoirs de la personne dues à la minorité ou à l'incapacité ; cela a peu d'intérêt par rapport à nos propos, puisqu'il s'agit là de restrictions liées à la situation particulière de la personne et non pas de situations découlant de la qualité de la propriété.

241. POTHIER, *supra*, note 27, p. 104. Le mot imparfaite est excessif. Dès que la propriété s'éloigne de son gabarit idéal, elle est qualifiée d'imparfaite par Pothier. Pourtant que la propriété change d'aspect, ayant pris la forme d'une modalité ou étant démembreée, elle n'en demeure pas moins la propriété. Son code génétique ne change pas, quoique certains de ses caractères puissent être d'une intensité moindre.

Même si elles sont bien identifiées par l'auteur, les modifications pouvant marquer la propriété ne sont pas encore suffisamment particularisées pour être rassemblées sous deux catégories distinctes. Il faudra attendre le traité du professeur L. Josserand pour que soit établie une distinction entre modalités et démembrements.

Le titre de l'œuvre de Josserand, *Cours de droit civil positif français*, affichait clairement ses intentions de donner du droit une vision libérée du dogmatisme et reflétant la réalité. Dans sa partie portant sur le droit des biens, il adopta des vues souvent originales et contribua à sortir de la sclérose la notion de propriété. Traitant du caractère multiforme de la propriété, il a ainsi pu écrire :

Il n'y a pas une propriété : il y a des propriétés, parce que l'intérêt de la société est que l'appropriation des biens comporte des statuts en harmonie avec les buts poursuivis, lesquels varient beaucoup : *le droit de propriété est un des plus souples et des plus nuancés qui figurent dans les différentes catégories juridiques ; sa plasticité est infinie.* (Souligné par nous).²⁴²

Comme un leitmotiv, il n'hésite pas, au chapitre des modalités, à revenir avec cette idée de souplesse du droit de propriété : « [...] ; le droit de propriété, dit-il, dont la plasticité est presque infinie, se prête à des modalités qui constituent en même temps des restrictions »²⁴³.

Les modalités identifiées par la doctrine, en nombre relativement limité, ont pour la plupart déjà donné lieu à une présentation dans notre premier chapitre. Elles peuvent être divisées en quatre catégories dépendant de ce qui est affecté par la modalité, ce peut être le sujet, l'objet, les attributs ou le droit de propriété lui-même²⁴⁴.

L'indivision, propriété à plusieurs *sujets* pour un même objet, est probablement la modalité la plus connue de la propriété²⁴⁵. Étant donné l'étude dont elle a été l'objet plus haut, nous ne voyons pas la nécessité de nous arrêter plus longuement à l'analyse de cette modalité²⁴⁶.

242. L. JOSSERAND, *supra*, note 33, p. 786.

243. *Id.*, p. 919.

244. Au Québec, la plupart des auteurs restreignent l'application de la notion de modalité à la propriété indivise à la propriété superficière (E. CAPARROS et P. LAQUERRE, *Droit des biens*, tome I, Québec, Université Laval — Faculté de droit, 1976, p. 7-1 à 7-33 et 8-1 à 8-17 ; J.-G. CARDINAL, *supra*, note 53, p. 331 à 337 et D. VINCELETTE, *Au pied du mur, en quête de la solution mitoyenne*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1985, p. 81) et à la propriété conditionnelle (E. CAPARROS et P. LAQUERRE, *id.*, p. 7-33 à 7-35).

245. L. JOSSERAND, *supra*, note 33 p. 920-921 ; J. CARBONNIER, *supra*, note 32, p. 125 et F. FRENETTE, *supra*, note 50, p. 736.

246. Voir : *supra*, section 2.1.2. : L'indivision.

La propriété superficiaire²⁴⁷ affecte l'*objet* du droit de propriété²⁴⁸. Il existe une présomption²⁴⁹ selon laquelle le tréfonds ou la superficie et tout ce qui s'y rattache naturellement ou artificiellement constitue un unique objet de droit de propriété. La volonté du propriétaire ou même la loi²⁵⁰ peuvent amener le fractionnement de cet objet en deux ou plusieurs parties et par conséquent la constitution d'autant de propriétés superposées.

La propriété indivise et la propriété superficiaire ne limitent pas sensiblement la marge de manœuvre du propriétaire. Il jouit encore de tous les attributs inhérents à son droit, cependant certains caractères de ce droit sont moins affirmés. La propriété indivise, reposant sur le partage du droit entre plusieurs sujets, amoindrit son caractère exclusif alors que la propriété superficiaire, dont l'existence suppose la division de l'objet, s'en prend à son caractère absolu. L'image du droit de propriété n'est pas pour autant déformée, elle est cependant moins contrastée, plus diffuse.

La troisième catégorie de modalité fut reconnue plus récemment, elle rassemble un plus grand nombre de propriétés. On y retrouve la propriété inaliénable²⁵¹, la propriété en substitution et la propriété fiduciaire²⁵². Dans ces trois cas, ce sont d'abord et avant tout les *attributs* du droit de propriété qui sont touchés. L'*abusus* et même parfois le *fructus* et l'*usus* sont gelés entre les mains du titulaire d'une telle propriété. Pourtant, il n'y a pas anéantissement ou même partage des attributs. En effet, du fait qu'un propriétaire soit empêché de poser des actes matériels (propriété en substitution et propriété fiduciaire) ou juridiques (propriété inaliénable et propriété en substitution) complets sur sa propriété ou même de jouir des fruits de la chose (propriété fiduciaire), il n'en découle pas qu'en lieu et place une autre personne détienne la prérogative.

247. La propriété superficiaire est ici qualifiée de modalité de la propriété. Nous convenons cependant que la propriété superficiaire puisse également donner lieu à un démembrement du tréfonds en faveur du superficiaire (F. FRENETTE, *supra*, note 204, p. 230).

248. Ainsi que l'a fait remarquer J.-G. Cardinal : « Il s'agit d'une décomposition, d'un démembrement, non plus du droit de propriété, non plus de ses attributs, mais de l'objet même sur lequel il porte » (*supra*, note 53, p. 335).

249. Art. 415 C.C.B.C..

250. Deux lois prévoient que des choses, sis sur ou sous la surface du sol partie du domaine privé, demeurent propriété de la Couronne. Il s'agit de la *Loi sur les biens culturels* (L.R.Q., c. B-4, art. 44), où il est mentionné que, lors de l'aliénation de terres publiques, existe une réserve en faveur du domaine public sur les biens et les sites archéologiques qui s'y trouvent, et de la *Loi sur les mines* (L.R.Q., c. M-13, art. 2, 5-11 et 237) qui conserve, en faveur de la Couronne, la propriété des mines sur toutes terres, peu importe le régime de concession.

251. L. JOSSERAND, *supra*, note 33, p. 949-950 ; J. CARBONNIER, *supra*, note 32, p. 131 et F. FRENETTE, *supra*, note 50, p. 736.

252. F. FRENETTE, *ibid.*.

La doctrine a mis davantage de temps à identifier ces modalités de la propriété, encore qu'il n'y ait pas nécessairement unanimité quant à la reconnaissance de leur existence. Plusieurs raisons expliquent ce retard. La configuration de ces propriétés est particulière, notamment quant à leurs caractères perpétuel et absolu. Mais ce n'est là que la partie visible des écarts par rapport à l'archétype. Les incapacités, partielles ou quasi-totales, affublant ces propriétés, quoique temporaires, en faisaient du bien piètres candidates à la propriété. Elles répondaient cependant aux qualités de la modalité. Mais la méconnaissance de la notion de modalité a eu pour effet de laisser longtemps en attente ces excellentes candidatures !

La dernière catégorie des modalités porte sur le droit lui-même, il s'agit de la propriété conditionnelle²⁵³. L'existence du droit de propriété est ici en jeu. La condition suspensive, comme son nom l'indique, suspend la reconnaissance du droit, alors que la condition résolutoire y met fin. Les deux conditions vont de paire, l'une ne peut se retrouver sans l'autre. Lorsqu'une personne est propriétaire d'une chose sous condition suspensive, une autre l'est nécessairement sous condition résolutoire. Il y a propriété concurrente sur la chose, mais propriété incertaine. La réalisation de la condition met fin à la propriété sous condition résolutoire, tandis qu'elle confirme la propriété sous condition suspensive. Au cas de défaillance de la condition, le droit éventuel du propriétaire sous condition suspensive s'éteint, alors que celui du propriétaire sous condition résolutoire est maintenu.

L'inventaire des modalités de la propriété étant terminé, passons maintenant aux démembrements. Ainsi qu'il a été précisé, les démembrements de la propriété provoquent le partage des attributs du droit de propriété. Alors que certaines modalités (propriété indivise et propriété conditionnelle) peuvent potentiellement permettre l'exercice simultané, par plusieurs personnes, de la plénitude des attributs sur une même chose, les démembrements partagent les attributs entre plusieurs sujets tout en maintenant un domaine supérieur entre les mains du propriétaire.

Peu loquace quant aux modalités de la propriété, le code l'est davantage en ce qui a trait aux démembrements. Au nombre de cinq, ils transmettent chacun des prérogatives différentes ou selon une intensité variable. L'emphytéose transmet à son titulaire l'*usus*, le *fructus* et, ainsi qu'il est coutume de le dire, un *abusus* limité, le propriétaire conservant le droit de reconstituer son droit à l'extinction de l'emphytéose²⁵⁴. L'usufruit accorde l'*usus* et le *fructus* à son détenteur²⁵⁵. Il en va de même de l'usage, mais

253. L. JOSSERAND, *supra*, note 33, p. 938 à 943 ; J. CARBONNIER, *supra*, note 32, p. 128 à 131 et F. FRENETTE, *ibid.*

254. Art. 567 et 569 C.C.B.C..

255. Art. 443 C.C.B.C..

l'usager jouit des deux attributs uniquement jusqu'à concurrence de ses besoins et de ceux de sa famille²⁵⁶. Les deux derniers démembrements, le droit d'habitation²⁵⁷ et la servitude réelle²⁵⁸, ne portent que sur l'*usus*.

Le portrait des modifications, dont est sujet la propriété, est établi ; il est temps maintenant de déterminer à laquelle de ces modifications appartient la propriété spatio-temporelle.

2.2.2.2. De l'insatisfaction des modifications connues de la propriété

La propriété spatio-temporelle est une modification de la propriété qui pourrait être, selon certains, assimilable à l'une des modalités ou à l'un des démembrements connus de la propriété. Il est donc impératif d'examiner parmi les modifications déjà identifiées de la propriété celles qui sont le plus susceptibles de se rapprocher de la propriété spatio-temporelle.

Un démembrement a particulièrement attiré notre attention : l'usufruit. Il apparaît que l'étendue des droits dont bénéficie le titulaire d'une propriété spatio-temporelle est comparable à celle d'un usufruitier. À première vue, il possède le droit de se servir de la chose et d'en jouir. À l'instar de l'usufruitier, il doit en conserver la substance²⁵⁹, il est donc privé de l'*abusus*. Il peut toutefois se départir de son droit²⁶⁰. En outre, dans les deux cas, le droit n'est pas permanent²⁶¹.

En apparence, l'usufruit semble pleinement convenir à la propriété spatio-temporelle. Les pouvoirs que détient le titulaire d'une telle propriété sur l'objet de son droit, sont fort semblables à ceux d'un usufruitier. Il y a là cependant une erreur de perspective due à une appréciation superficielle des droits. De fait, il y a peut-être exercice de pouvoirs similaires sur l'objet de leurs droits, tant pour l'usufruitier que pour le titulaire d'une propriété spatio-temporelle, cependant cela ne peut nous permettre de conclure que l'un et l'autre détiennent des droits de même nature. Les restrictions aux pouvoirs de l'usufruitier sont causées par l'existence de droits concurrents détenus par le nu-propriétaire, il y partage des attributs. Les limites particularisant la propriété spatio-temporelle sont au contraire inhérentes à la singularité de la configuration de l'objet du droit de propriété. Le rapprochement est impossible.

256. Art. 487 (1) C.C.B.C..

257. Art. 487 (2) et 496 C.C.B.C..

258. Art. 499 C.C.B.C..

259. Art. 443 C.C.B.C..

260. Art. 457 C.C.B.C..

261. Art. 479 C.C.B.C. et M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 26, p. 36 à 39.

Les modalités restent notre seule planche de salut. L'indivision est probablement la modalité qui semble le mieux convenir. Plus haut, il a d'ailleurs été précisé qu'il y avait là moyen de parvenir à la multipropriété²⁶². Cependant, même s'il est possible d'aboutir à des résultats apparemment semblables, les moyens utilisés sont différents. L'indivision transmet à plusieurs sujets un droit de propriété sur un seul et même objet. À l'inverse, la propriété spatio-temporelle repose sur le *fractionnement de l'objet*, provoqué par la reconnaissance d'une dimension temporelle à la propriété. En principe²⁶³, le caractère exclusif de la propriété n'est pas compromis. L'entité touchée étant différente, il ne peut dès lors s'agir d'une même modalité.

En autant que nous limitons nos propos à la propriété immobilière, la propriété superficielle pourrait s'avérer une solution. Toutes deux, la propriété spatio-temporelle et la propriété superficielle, sont rendues possibles à la suite d'une modification de l'objet du droit de propriété. Cependant, les perturbations introduites, par l'ajout d'une quatrième dimension à l'objet du droit de la propriété spatio-temporelle, sont à ce point importantes qu'il est impensable de pouvoir se satisfaire de la modalité existante.

Les autres modalités ne sont d'aucun secours. Évidemment les attributs de la propriété spatio-temporelle sont moins affirmés que ceux de la propriété classique. Le rapprochement avec la propriété inaliénable, la propriété fiduciaire et la propriété en substitution est cependant impossible. Les limites aux pouvoirs du titulaire d'une de ces modalités sont dues à une décision du propriétaire antérieur de la chose qui a décidé d'atrophier, pour un temps, certaines prérogatives de la propriété afin de préserver l'intégrité de l'objet sur lequel porte le droit ou d'un objet de remplacement. En revanche, pour la propriété spatio-temporelle, les attributs sont diminués à cause de la forme particulière de l'objet du droit. Il n'y a donc pas identité de cause pour justifier la réduction des pouvoirs.

Étant impossible de s'accommoder d'une modification connue de la propriété, il y a lieu de s'interroger sur l'introduction d'une autre modification de la propriété.

2.2.2.3. La possible identification d'une autre modification de la propriété

L'insatisfaction à l'égard des modalités connues de la propriété est une chose, la possibilité d'en introduire d'autres en est une autre. Se pose alors

262. Voir : *supra*, section 2.1.2. : L'indivision.

263. Nous disons bien en principe car il serait possible qu'une propriété spatio-temporelle soit détenue en indivision.

l'épineux problème de la capacité de reconnaître de nouvelles modifications à la propriété.

Le code ne fournit pas de liste des droits réels. La doctrine les a répartis en deux grandes catégories²⁶⁴. La première regroupe les droits réels principaux soit la propriété — incluant les modalités — et ses démembrements, à savoir : l'emphytéose, l'usufruit, l'usage, l'habitation, les servitudes et le droit de coupe de bois. La seconde rassemble les droits réels accessoires, les uns portant sur les immeubles (l'hypothèque, l'antichrèse et les privilèges immobiliers), les autres sur les meubles (le gage et les privilèges mobiliers). C'est à la première catégorie, qui rassemble la propriété et ses modifications (modalités et démembrements), que nous nous intéressons.

Le nombre des droits personnels est illimité. Le droit des obligations permet aux contractants d'établir en toute liberté le contenu de leurs engagements mutuels. La seule limite qui s'impose à eux étant le respect des prescriptions de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs. Alors que les obligations sont susceptibles d'une multitude de formes, les droits réels sont souvent perçus comme limités en nombre. L'un comme l'autre phénomène possède une même justification : la promotion des échanges de biens qui, d'une part, repose obligatoirement sur la liberté des conventions et, d'autre part, exige que soient restreints les droits réels grevant les biens²⁶⁵. Est-ce à dire que les droits réels existant sont ceux-là seuls énumérés au code ? La question est controversée.

La doctrine classique considère d'un fort mauvais œil l'établissement de modifications à la propriété autres que celles énumérées par la loi²⁶⁶. Le rôle créateur de la volonté est cantonné au droit des obligations. Seule la loi est habilitée à déterminer les pouvoirs susceptibles d'être exercés par une personne sur une chose. En outre, estiment les tenants de cette doctrine, la règle de l'opposabilité des droits réels aux tiers exige un nombre limité de droits pour donner son plein effet.

Même s'il peut apparaître dangereux à plusieurs d'identifier de nouvelles modalités ou de constituer de nouveaux droits réels, aucune disposition du code ne s'y oppose. L'article 405 mentionne les droits

264. J. CARBONNIER, *supra*, note 32, p. 56-57.

265. S. GINOSSAR, *supra*, note 14, p. 146-147.

266. H. L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil français*, tome I, 5^e éd., par M. de JUGLART, vol. 1 : *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Éditions Montchrestien, 1972, p. 201 ; D.N. METTARLIN, *supra*, note 41, p. 230-231 ; P.-B. Mignault déplore pour sa part que l'énumération fournie par le code ne soit pas limitative (*supra*, note 15, p. 392), tandis que J.-L. Baudouin considère cette énumération limitative (*Les obligations*, 2^e éd., Montréal, Les Éditions Yvon Blais, 1983, p. 24).

susceptibles d'être exercés sur une chose, à savoir la propriété, la jouissance et les servitudes, mais il s'agit là de catégories²⁶⁷ de pouvoirs plutôt que d'une liste de modifications à la propriété, et à ce titre elle doit être interprétée libéralement. La consultation du rapport des Codificateurs devrait faire disparaître les dernières réticences aux tenants de la limitation du nombre des modifications. Justifiant la rubrique *Des servitudes réelles* du titre quatrième du livre sur les biens, les Codificateurs, en termes non équivoques, montrent la possible existence de modifications autres que celles expressément mentionnées au code :

[...], l'on a ajouté à **servitudes** le mot **réelles**, ce qui donne pour rubrique au présent titre celle ci-dessus : « Des servitudes réelles ». Ce dernier mot ayant été ajouté pour distinguer les servitudes dont il s'agit ici de celles purement personnelles, comme l'usufruit, l'usage, l'habitation, l'emphytéose *et toute autre charge imposée sur un immeuble en faveur de la personne seulement ou de ses héritiers, abstraction faite des immeubles qu'ils peuvent posséder et même dans le cas où ils n'en possèdent aucun.* (Souligné par nous).²⁶⁸

Une bonne part des auteurs contemporains se montrent favorables à cette thèse²⁶⁹. Toutefois, même devant l'évidence, certains manifestent des réticences à baisser pavillon. La capacité de la personne d'identifier des modifications nouvelles est reconnue, mais bien vite sont signalés des empêchements, y compris la difficulté d'en imaginer d'autres que celles existantes²⁷⁰ ! Pourtant la jurisprudence et la doctrine nous fournissent des exemples de modifications innommées, citons : la propriété superficière, le droit de superficie²⁷¹, le droit de pêche²⁷², le droit de chasse²⁷³, le droit d'extraire diverses substances du sol²⁷⁴ et l'obligation de construire un

267. La professeure M. Cantin Cumyn parle également de *catégories* pour désigner l'énumération de l'article 405 du *Code civil* (*supra*, note 71, p. 28), alors que les codificateurs réfèrent à trois *espèces* de droits (*Troisième rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, Québec, G.E. Desbarats, 1865, p. 368).

268. *Id.*, p. 382.

269. H. ABERKANE, *supra*, note 143, p. 170 à 173 ; C. ATIAS, *supra*, note 12, p. 61 à 64 ; M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 71, p. 39-40 ; C. CHARRON, « Ce droit réel méconnu : la servitude personnelle », (1982) 42 *R. du B.* 446 ; F. FRENETTE, « De l'emphytéose au louage ordinaire par la voie mal éclairée du doute », (1977) 18 *C. de D.* 557, 564 ; W. de M. MARLER, *The Law of Real Property*, Toronto, Burroughs, 1932, p. 498 et M. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *Traité de droit civil du Québec*, tome 3, Montréal, Wilson et Lafleur, 1945, p. 101.

270. M. PLANIOL et G. RIPERT, *supra*, note 11, p. 54-55 et E. CAPARROS et P. LAQUERRE, *supra*, note 244, p. 3-17.

271. J. GOULET, *supra*, note 69.

272. *Matamajaw Salmon Club v. Duchaine*, (1921) 59 D.L.R. 391 (C.P.).

273. *O'Brien c. Ross*, [1984] C.A. 78.

274. M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 71, p. 37.

édifice²⁷⁵. Récemment, un juge de la Cour fédérale reconnaissait la possibilité d'identifier des démembrements de droit de propriété autres que ceux reconnus au code ; ses propos sont sans équivoque :

Je ne crois pas que la prétention de certains à l'effet que le code civil québécois ne connaît pas de servitudes personnelles autres que l'usufruit, l'usage et l'habitation, soit encore soutenable aujourd'hui. Il n'y a aucune raison de défendre une interprétation aussi restrictive des dispositions du code, ni sur le plan de l'exégèse ni sur celui de la rationalité.²⁷⁶

En France, malgré un courant doctrinal opposé à l'introduction de nouvelles modifications, la Cour de cassation, dès la première moitié du XIX^e siècle, déclarait que les articles 544, 546 et 552 du *Code civil* français (les articles 406, 408 et 414 de notre *Code civil*) énoncent le droit commun quant à la nature et aux effets de la propriété, mais ne sont aucunement limitatifs. En outre, elle ajoutait que l'on ne peut découvrir dans ces articles, ou même ailleurs, le fondement à une restriction aux modifications dont la propriété est susceptible²⁷⁷.

De ce que, par convention, il soit possible de reconnaître des modifications innomées, il n'en découle pas qu'aucunes règles ne doivent être respectées. Bien au contraire. La modalité exigera que demeure rassemblé entre les mains de son titulaire l'ensemble des prérogatives de la propriété ; tandis que le démembrement devra transmettre à son titulaire certaines prérogatives seulement, le propriétaire conservant les autres.

Nous nous sommes efforcé, au début de ce chapitre, de démontrer que pouvait être isolé un objet spécifique à la propriété spatio-temporelle. Cette démonstration s'imposait, pour la bonne et simple raison, qu'une propriété ou une modalité de la propriété n'est concevable qu'en autant qu'existe un *objet* sur lequel elle puisse porter. Par exemple, la propriété superficière est réalisée à la condition que le tréfoncier ait cédé au superficiaire un volume d'espace et ait renoncé au bénéfice de l'accession. Aussi banale que puisse apparaître cette condition, elle a parfois été oubliée dans des décisions jurisprudentielles portant sur l'identification de droits réels innomés. Aussi des tribunaux rendirent-ils des décisions regrettables, fort difficiles à concilier avec les principes fondamentaux du droit des biens. Tel est le cas de l'arrêt *Matamajaw Salmon Club v. Duchaine*²⁷⁸ où il fut reconnu que le droit de pêche est objet possible d'un droit de propriété distinct du fonds. La

275. *Corporation de la paroisse de St-Télesphore c. Société d'habitation du Québec*, [1983] C.S. 656.

276. *Boucher c. R.*, (1982) 22 R.P.R. 310, 314.

277. *Caquelard v. Lemoine*, Cour de Cassation, Ch. Req., 13 février 1834, S. 1834.I.205.

278. *Supra*, note 272.

confusion produite par le jugement du Conseil privé nous incite à procéder à une analyse de cette affaire.

Les faits à l'origine du conflit sont simples. Les auteurs de l'appelante avaient acquis des auteurs de l'intimée un droit de pêche sur une rivière non navigable, ni flottable. L'existence du titre détenu était admise, seule sa nature était contestée. Alors que l'appelante prétendait détenir un droit de propriété, l'intimée estimait que le titre conférait tout au plus une servitude personnelle. Appelé à se prononcer en dernier ressort dans cette affaire, le vicomte Haldane, parlant au nom de ses collègues du Conseil privé, fit droit aux prétentions de l'appelante.

Après avoir établi les distinctions existantes entre le droit civil et la common law par rapport au droit de propriété, le juge posa la question fondamentale, soit l'hypothèse de la scission de la propriété et de la reconnaissance du droit de pêche comme objet possible d'une propriété distincte par rapport au fonds²⁷⁹. À cette question, il répondit affirmativement. Le droit de pêche, en lui-même, peut constituer une propriété. Aux motifs de sa décision le juge renvoie aux articles 405, 406 et 408 du *Code civil*. Le dernier article sert notamment à déterminer la portée du droit de pêche :

There appears to be no reason why, consistently with the language of these articles, there should not be ownership of a fishing right as a mode of enjoying and disposing of a separate physical subject for possession. *The title to take the fish is a title to take a product of the river, and art. 408 recognises as possible in law the union with it as an accessory of the right to use the bed of the river or the banks when naturally or artificially stipulated for as part of that which is joined to the fishing right.* (Souligné par nous).²⁸⁰

Le poisson est présenté comme un produit du cours d'eau et l'utilisation du lit et des berges est vue comme un accessoire au droit de pêche. Aussi attrayante que puisse apparaître cette solution, elle nous semble injustifiable. Le droit de pêche, est-il besoin de le rappeler, est la faculté d'acquérir par occupation les poissons d'un cours d'eau. Cette faculté est l'apanage exclusif du propriétaire du cours d'eau. En accordant ce droit à autrui le propriétaire du fonds se prive d'une prérogative inhérente à sa qualité de propriétaire ; il ne se départit pas pour autant du lit et des rives. Pas plus d'ailleurs qu'il ne transmet la propriété des poissons du cours d'eau, ne détenant aucun droit sur eux. Seuls les poissons des étangs, animaux gardés en captivité, sont acquis en vertu du principe d'accession²⁸¹ ; les poissons des cours d'eau, animaux sauvages, appartiennent à la catégorie des *res nullius* et sont

279. *Id.*, p. 397.

280. *Id.*, p. 399.

281. Art. 428 C.C.B.C. ; A. MONTPETIT et G. TAILLEFER, *supra*, note 269, p. 185-186.

susceptibles d'appropriation par occupation seulement²⁸². Auparavant, ils ne sont la propriété de personne ; à tort, ils ont été qualifiés de produits du cours d'eau. C'est en vain que l'on chercherait l'objet spécifique de la propriété que constitue le droit de pêche. En l'absence d'objet, nous sommes forcé de conclure à l'absence de propriété possible.

La solution à laquelle est parvenu le Conseil privé est en complète opposition avec la décision majoritaire de la Cour suprême²⁸³. Rien d'étonnant à cela, puisque les deux cours avaient une perception fort différente du droit de propriété. Pour les juges Brodeur et Mignault le droit de pêche doit appartenir à l'une des trois catégories de droits susceptibles d'exister sur les biens : la propriété, le droit de jouissance ou une servitude à prétendre²⁸⁴. Tous deux rejettent la première et la dernière hypothèse pour retenir la seconde.

Le titulaire d'un droit de pêche exerce, sur un immeuble par nature, une faculté qui lui a été conférée par le propriétaire de cet immeuble ; il ne détient pas l'ensemble des prérogatives de la propriété sur un immeuble qui est sien. Étant titulaire d'un démembrement de la propriété, il ne peut, en conséquence, prétendre à la propriété. Son droit, ainsi que l'a fait remarquer le juge Mignault, est essentiellement temporaire :

The mere sale of fishing rights, or of hunting rights, confers no title to the river bed or land where these rights are exercised, but only the right to use the same for the purpose of fishing or hunting, which is nothing more than a right of enjoyment, and therefore essentially temporary in nature.²⁸⁵

C'est là, la seule solution acceptable au regard du droit des biens. Le jugement du Conseil privé est difficile à concilier avec la notion de propriété en droit civil. Ne pouvant voir dans le droit de pêche une propriété distincte du fonds, la doctrine et la jurisprudence qualifient ce droit de servitude personnelle²⁸⁶ à laquelle, ils reconnaissent la perpétuité²⁸⁷. Le juge Marceau

282. J.-G. CARDINAL, « Droit de chasse — servitude — occupation et accession — louage », (1958-59) 61 *R. du N.* 79, 80 et M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 71, p. 23.

283. Trois juges composaient la majorité, les juges Anglin, Brodeur et Mignault, et deux la minorité, les juges Idington et Cassels ((1919) 47 D.L.R. 625).

284. *Id.*, p. 633 (le juge Brodeur) et p. 643-644 (le juge Mignault).

285. *Id.*, p. 646.

286. M. CANTIN CUMYN, *supra*, note 26, p. 41 à 43, l'auteur mentionne bien que le Conseil privé a appliqué au droit de pêche les règles du droit de propriété (p. 42, note 58) ; *id.*, *supra*, note 71, p. 21 à 24 et *Boucher v. R.*, *supra*, note 276 et (1985) 33 R.P.R. 308 (Cour d'appel fédérale).

287. M. CANTIN CUMYN, *ibid.*. L'auteure expose l'hypothèse de la durée perpétuelle des droits de chasse et de pêche et semble en accepter la possibilité. Étant donné l'étendue limitée des pouvoirs conférés au titulaire de ces droits, elle ne perçoit pas d'empêchements majeurs à l'utilisation du fonds par le propriétaire, contrairement à la situation de l'usufruit par

de la Cour fédérale a particulièrement bien fait ressortir le caractère peu commun de la servitude perpétuelle que constitue le droit de pêche : « [...] cette notion [...] est une notion marginale, tout à fait exceptionnelle, plus ou moins conforme aux principes qui régissent le droit des biens dans le droit civil québécois, [...] »²⁸⁸. Le poids de l'autorité d'une décision du Conseil privé constitue le seul élément permettant d'expliquer la survie d'une telle incongruité en droit civil québécois.

En définitive, la possibilité de reconnaître de nouvelles modifications de la propriété par le seul fait de la volonté est indéniable. Les tribunaux, loin de s'y opposer, ont au contraire donné leur aval à cette thèse. La doctrine, en revanche, jusqu'à une date récente, a manifesté beaucoup d'opposition. Gagnée maintenant à une perception plus souple de la propriété, elle partage ces vues libérales²⁸⁹. Toutefois, il faut se rappeler que la modalité exige la présence d'un objet spécifique, alors que le démembrement transmet des prérogatives sur l'objet du titulaire du droit de propriété.

2.2.3. Une nouvelle modalité de la propriété fondée sur la temporalité

Il a été démontré que, de toutes les modalités connues de la propriété, aucune ne convenait véritablement à la propriété spatio-temporelle. La preuve étant établie qu'il est possible d'introduire de nouveaux droits réels, rien ne s'oppose à la reconnaissance de cette forme particulière de la propriété. L'hypothèse du démembrement de la propriété ayant été rejetée et celle de la modalité retenue, nous rattachons donc la propriété spatio-temporelle à cette catégorie.

La manière d'être particulière de la propriété spatio-temporelle tient à la forme singulière de l'objet de son droit. Isolé dans l'espace, qu'il soit meuble ou immeuble, l'objet subit en outre un découpage en strates temporelles. Pour qui accepte de regarder la chose, objet de son droit de propriété, à travers le prisme de la temporalité, cette décomposition supplémentaire de

rapport à la nue-propriété. De surcroît, signale-t-elle, il existe des démembrements perpétuels, soit les servitudes réelles. Il s'agit là en fait de la seule exception au principe du caractère temporaire des démembrements. Une telle exception tient à l'utilité que constituent les servitudes réelles pour l'exploitation du fonds dominant (*supra*, notes 70-71 et le texte correspondant). Il n'y a pas là justification à la perpétuité des démembrements. Du reste, le Conseil privé ne présente pas le droit de pêche comme démembrement mais comme un objet de propriété distinct du fonds.

288. *Supra*, note 276, p. 315.

289. C. ATIAS, *supra*, note 12, p. 60 à 64 ; A. WEILL, F. TERRE et P. SIMLER, *supra*, note 3, p. 47-48 ; F. FRENETTE, *supra*, note 269, p. 564.

l'objet n'a rien d'étonnant. Elle constitue la caractéristique fondamentale de cette modalité de la propriété.

2.2.3.1. De la modalité et de ses particularités

D'autres droits transmettent des pouvoirs pour un temps sur une chose. Le bail de location est probablement le meilleur exemple. Durant un certain nombre de mois, ou même d'années, il permet d'utiliser, par l'entremise du débiteur, la chose de celui-ci. Les démembrements de la propriété, quant à eux, transmettent un pouvoir direct sur une chose, pour une période de temps, qui pourra se prolonger, dans certains cas, jusqu'à quatre-vingt-dix-neuf ans. Toutefois, il existe une différence fondamentale entre ces deux exemples et la propriété spatio-temporelle. Seule cette dernière, par essence, est cyclique et perpétuelle et en outre ne reconnaît aucun domaine supérieur. Revoyons chacun de ces éléments.

Une propriété cyclique est une propriété qui revient à intervalles réguliers. Ce n'est donc pas, et il est important de le préciser, la longueur de la durée de la propriété qui est importante mais son caractère périodique à rebondissement perpétuel. Ainsi deux personnes peuvent avoir la propriété d'un bien pour des périodes de temps disproportionnées, cela reste de la propriété spatio-temporelle, tant et aussi longtemps que le caractère cyclique demeure.

Autre élément sans quoi il ne saurait être question de propriété, la perpétuité. Tout autre objet que la propriété est *ad tempus*, la propriété non. La perpétuité est de l'essence de la propriété, pas seulement de sa nature. Le droit de propriété suppose le droit aux services *perpétuels* de la chose. Au risque d'en étonner plusieurs, nous soumettons que ce caractère inhérent de la propriété est pleinement respecté par la propriété spatio-temporelle. Le titulaire détient, sur l'objet de son droit, une propriété perpétuelle. Il a droit, indéfiniment, aux services généraux de la chose pour l'éclipse de temps qui lui est impartie. Étant donné le caractère cyclique du droit, la situation est bien différente de la propriété *ad tempus* ou du droit temporaire aux services perpétuels de la chose. *Il s'agit plutôt du droit perpétuel aux services discontinus de la chose.* La propriété n'est point démembrée, elle conserve son caractère perpétuel, elle ne fait que s'adapter, que prendre en compte la configuration spéciale de l'objet du droit.

Trait également déterminant d'une modalité de la propriété, l'absence de droits concurrents. La propriété spatio-temporelle n'amène pas l'éclatement du faisceau des attributs de la propriété. Durant chacune des périodes où il exerce sa propriété, le titulaire ne reconnaît aucun domaine supérieur, il est maître absolu de la chose, objet de son droit.

Le droit de propriété étant le droit général aux services perpétuels de la chose, son titulaire jouit de pouvoirs étendus, presque sans limite. De Vareilles-Sommières résume bien la toute-puissance du propriétaire :

[...] la conséquence de ce que sa propriété est perpétuelle [...], c'est qu'il peut consommer, détruire, transformer la chose et par là anéantir, modifier, actualiser les services futurs auxquels lui seul a droit présentement ; c'est aussi qu'il peut aliéner la chose et par là actualiser encore et tirer d'elle d'un seul coup et d'une certaine manière tous ces services futurs.²⁹⁰

Cette description est celle de la propriété dans ce qu'elle a de plus absolu, d'une propriété sans concession. La propriété qui nous intéresse ne correspond pas tout à fait à cela. Qui dit modalité, sous-entend manière d'être qui ne contredit pas cependant la propriété dans son essence. Étant donné le caractère particulier de l'objet de son droit, le titulaire d'une propriété spatio-temporelle est empêché d'exercer pleinement l'*abusus*. Il lui est impossible de poser sur l'objet de son droit des actes de disposition matérielle ou de le modifier de telle sorte qu'il ne réponde plus aux besoins pour lesquels il a été conçu. En dehors de cela, il est libre de ses agissements. Il peut aussi disposer juridiquement de la chose et il jouit de l'*usus* et du *fructus*.

Les restrictions à l'exercice du droit de propriété sont conditionnées par les relations de voisinage qui découlent de la configuration particulière de l'objet du droit. Non seulement, il existe des voisins dans l'espace, mais de surcroît il en existe dans le temps. Permettre un *abusus* illimité aux propriétaires risquerait d'amener éventuellement la destruction de la chose et ainsi porter atteinte irrémédiablement aux droits des voisins temporels.

La propriété spatio-temporelle peut exister sans la nécessité d'apporter des modifications au droit substantif. Déjà, ainsi qu'il a été démontré, le droit civil permet l'existence d'objets dématérialisés. Une dimension temporelle à l'objet du droit de propriété peut donc exister sans qu'intervienne le législateur.

Toutefois, nous estimons que pour de très grands ensembles, dans le but d'en faciliter la gestion, il y aurait lieu de prévoir une copropriété spatio-temporelle, sorte de copropriété divise complexe. Les articles 441 b et suivants du code serviraient de base à cette copropriété, mais quelques accommodations²⁹¹, somme toutes mineures, permettraient de traduire la dimension temporelle de cette propriété, d'adapter l'administration des parties indivises à cette nouvelle réalité et de faciliter l'enregistrement des droits réels.

290. *Supra*, note 12, p. 459.

291. Voir notamment les suggestions contenues dans le *Rapport du groupe de travail sur la copropriété*, *supra*, note 9, p. 181 à 183.

2.2.3.2. De la protection des tiers

L'enregistrement des droits réels n'a pas pour effet de créer des droits nouveaux, mais plutôt de les publiciser, de les rendre opposables aux tiers, ou d'en assurer la conservation²⁹². Le *Code civil* ne contient pas de règle de principe qui permette de déterminer quels sont les droits soumis à la publication. Plusieurs articles au titre *De l'enregistrement des droits réels* obligent cependant au respect de cette formalité²⁹³. Le *Code civil* privilégiant la propriété immobilière, le système d'enregistrement des droits réels a particulièrement été élaboré pour cette propriété ; aussi nos propos seront-ils limités à la propriété immobilière.

L'obligation d'enregistrer les actes relatifs au transfert de la propriété d'un immeuble est expressément prévue²⁹⁴. Loin de recevoir une interprétation restrictive, cette obligation est étendue aux démembrements de la propriété énumérés au code. Les autres droits réels portant sur les immeubles sont-ils assujettis également à l'enregistrement ? Il semble que oui. Les Codificateurs mentionnent dans leur rapport que l'enregistrement est nécessaire pour la conservation des privilèges et des hypothèques et aussi « des autres droits qui peuvent affecter les immeubles »²⁹⁵. Cherchant par là à protéger au maximum les droits des tiers lors de transactions subséquentes, il est normal d'accorder une interprétation libérale à l'obligation, donc de rendre obligatoire l'enregistrement de tout droit réel mentionné ou non au code. Le professeur J.-G. Cardinal a retenu cette interprétation et considéré essentiel l'enregistrement du droit de superficie²⁹⁶. La doctrine a vu également dans l'arrêt *Matamajaw Salmon Club* la nécessité d'enregistrer le droit de chasse et de pêche²⁹⁷. Il apparaît que l'obligation vise tous les droits

292.. *Aviation St-Antoine Inc. c. St-Louis*, [1978] C.S. 287, 288.

293. Une liste de ces articles est donnée dans : Office de révision du Code civil, *supra*, note 200, volume 11 : *Commentaires*, tome 2, p. 948. Sur le formalisme du système de l'enregistrement des droits réels, voir : C. CHARRON, *supra*, note 226, p. 252-253, 261 à 265.

294. Art. 2098 C.C.B.C..

295. *Sixième rapport des Commissaires pour la Codification des lois du Bas-Canada qui se rapportent aux matières civiles*, Québec, G. E. Desbarats, 1865, p. 63.

296. *Supra*, note 86, p. 197. Le passage pertinent de l'ouvrage du professeur Cardinal a été repris récemment par la Cour supérieure (*Neveu c. Corporation municipale de Ste-Mélanie*, *supra*, note 209, p. 594). Voir aussi : W. de M. MARLER, *supra*, note 269, p. 500.

297. R. LANDRY, « La publicité des droits réels immobiliers en droit civil », dans : *Travaux du deuxième Colloque de Droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 1964, p. 9 ; W. de M. MALER, *ibid.*.

réels portant sur un objet immobilier ²⁹⁸. Les titulaires d'une propriété spatio-temporelle devraient donc enregistrer leur titre pour que celui-ci prévale contre les tiers ²⁹⁹, le registraire ne pouvant aucunement s'y opposer.

Advenant que l'on introduise au code une copropriété spatio-temporelle, il serait évidemment nécessaire de prévoir la confection d'un plan qui rende compte de la dimension temporelle de cette propriété. Il n'apparaît cependant pas, aux dires des spécialistes du ministère de la Justice, que des modifications d'envergure devraient être apportées au cadastre :

En effet, il suffirait d'ajouter à la désignation cadastrale de chaque unité détenue en copropriété un suffixe pour déterminer la semaine de l'année qui correspond à la période de temps aliénée. Par exemple, le lot 2-3-4-15 pourrait représenter la quinzième semaine d'occupation de l'unité numéro 4 située au troisième étage de l'immeuble situé sur le terrain connu comme le lot 2. Les suffixes pourraient apparaître en bloc aux plan et livre de renvoi de manière à obliger le registraire à inscrire chaque unité correspondante à l'index des immeubles. Du point de vue administratif ces inscriptions nécessiteraient l'utilisation de plusieurs registres additionnels. Mais, en ce qui a trait au droit de propriété, cette technique serait conforme à l'économie générale de notre droit immobilier. ³⁰⁰

Quoique l'actuel système d'enregistrement des droits réels puisse théoriquement répondre aux besoins de la propriété spatio-temporelle, des ajustements devraient y être apportés advenant que ce type de propriété connaissent une popularité certaine.

* * *

Les solutions offertes pour permettre une reconnaissance de la propriété spatio-temporelle se divisent en deux groupes différents. Le premier procède d'aménagements d'institutions connues du droit des biens, le second nécessite l'introduction d'une nouvelle modalité de la propriété. Chacune des solutions présente des avantages et des inconvénients.

Les praticiens et les auteurs ont jusqu'à maintenant préféré exploiter à leur maximum les possibilités offertes par l'actuel droit des biens. Les solutions dégagées sont d'inégal intérêt. Au Québec, l'usufruit, de loin, fut la solution privilégiée. Démembrement nommé de la propriété, l'usufruit a l'avantage de posséder une structure juridique supplétive. En revanche, son titulaire ne peut prétendre à la propriété.

298. W. de M. MARLER, *ibid.*

299. Les pages spéciales du livre foncier pour les objets non définis au cadastre pourraient être utilisées à cette fin, voir : C. CHARRON, *supra*, note 226.

300. *Rapport du groupe de travail sur la copropriété, supra*, note 9, p. 181.

L'indivision, nous apparaît présenter plus d'avantages. Modalité de la propriété, elle transmet à son titulaire l'ensemble des prérogatives auquel peut prétendre le propriétaire. Toutefois, nous en convenons, qualifiée par une doctrine quasi unanime de situation instable par excellence, elle traîne derrière elle un passé lourd. On a beau prétendre qu'elle jouit de la perpétuité, l'expectative du partage, tel une épée de Damoclès, est toujours présente. L'indivision conventionnelle doit impérativement être distinguée de l'indivision héréditaire; contrairement à celle-ci, elle naît d'un accord de volonté: elle est une situation recherchée. L'intérêt que chacun des indivisaires y trouve doit être préservé, de là la nécessité de reconnaître la possibilité de surseoir au partage. À notre avis, une telle convention a force obligatoire pour les parties et les ayants cause. Si des doutes subsistent encore dans les esprits sur la légalité d'une clause visant à retarder le partage dans une convention entre indivisaires, la réforme annoncée du droit de l'indivision dans le nouveau *Code civil du Québec* annihilera toute crainte. En plus de permettre de retarder le partage pour une période maximale de trente ans, elle permettra également d'y renoncer durant tout le temps que le bien est affecté, par les indivisaires, à un but durable. L'indivision dans sa forme actuelle, ou selon les transformations qu'elle subira incessamment, devrait s'avérer un excellent moyen de créer une propriété à *caractère* spatio-temporel.

La reconnaissance d'une modalité additionnelle de la propriété constituerait la solution idéale. Pour ce faire, il est nécessaire de reconnaître une quatrième dimension à l'objet du droit de propriété: la temporalité. Notion abstraite s'il en est, elle remet en question l'obligation de concevoir l'objet du droit de propriété comme étant une chose concrète et matérialisée. L'objet de la propriété peut être dématérialisé, à preuve la propriété immobilière est assimilable à un cube d'espace et non seulement à une surface plane. Ne pouvant être confondue à une modalité connue de la propriété, la propriété spatio-temporelle passe donc par l'introduction d'une nouvelle modalité de la propriété. Le seul empêchement à cette nouvelle modalité serait l'impossibilité de reconnaître des modifications additionnelles à la propriété. Tant le code, la jurisprudence que la doctrine reconnaissent actuellement la capacité de la volonté humaine de concevoir de telles modifications.

Les caractéristiques inhérentes à la nouvelle modalité de la propriété que constitue la propriété spatio-temporelle découlent de la forme particulière de l'objet du droit de propriété. Objet dématérialisé, il possède non seulement une configuration spatiale, mais de surcroît il est fractionné dans le temps. Le propriétaire d'un tel objet a droit aux services généraux de la chose pour la période de temps qui est la sienne.

Conclusion

Le droit de propriété est l'une des notions fondamentales du *Code civil*. Trop souvent, la doctrine en a donné une perception sclérosée. Pourtant, ainsi que le professeur L. Josserand l'a mentionné, sa plasticité est infinie. Il répond, nous en convenons, à un code génétique déterminé : il possède des attributs (*usus, fructus, abusus* et *vis attractiva*) et des caractères (exclusivité, perpétuité et absolutisme) spécifiques, toutefois ainsi qu'il a été démontré à l'aide d'exemples, le droit de propriété est susceptible de modifications. D'une part, quoique le faisceau de toutes les prérogatives demeure entre les mains du titulaire du droit, ses attributs et ses caractères peuvent être moins affirmés, il y a alors modalité ; d'autre part, il peut y avoir éclatement du faisceau et constitution de droits réels sur l'objet du droit, il y a alors démembrement. La souplesse du droit de propriété réside dans le fait que toutes les modifications, dont il est susceptible, existent en germe dans la propriété. Il est absolument essentiel d'adopter cette perception du droit de propriété avant de chercher à étudier les diverses hypothèses pouvant conduire à la reconnaissance de la propriété spatio-temporelle, sinon aucune solution n'est envisageable.

De toutes les hypothèses, l'introduction d'une nouvelle modalité nous a semblé la meilleure. Cette solution n'est cependant pas sans embûche. De prime abord, le concept de propriété spatio-temporelle heurte de plein fouet certaines des qualités inhérentes au droit de propriété. D'abord le titulaire de cette propriété n'exerce qu'un *abusus* limité ; en cela il n'est pas isolé, des précédents existant chez des titulaires de modalités de la propriété (propriété en substitution, propriété inaliénable et propriété fiduciaire). Ensuite, il y a atteinte au caractère perpétuel de la propriété. Cette proposition est cependant à rejeter. Nous avons démontré que la propriété spatio-temporelle est perpétuelle quoique discontinue. La propriété spatio-temporelle repose sur la reconnaissance d'une dimension temporelle de l'objet, elle constitue une modalité de la propriété dont les particularités découlent de la configuration particulière de l'objet du droit.

Quoique la *reconnaissance* d'une modalité de la propriété nous semble le seul moyen de parvenir à la propriété spatio-temporelle, il est possible de prendre en considération des solutions, basées sur l'aménagement d'institutions existantes du droit des biens, qui permettraient de constituer une propriété à *caractère* spatio-temporel. Malgré sa popularité, l'usufruit ne nous apparaît pas être une réponse satisfaisante. L'indivision est plus attrayante ; il faut être conscient cependant que malgré la technique employée pour contrer le partage, il s'agit toujours d'une propriété plurale. Seule l'identification d'une nouvelle dimension à l'objet du droit de propriété crée une véritable propriété spatio-temporelle.